JESUS, MARIA, JOSEPH.

ALEGATO JURIDICO POR

DOñA JOSEPHA FERRANDEZ y de Perez;

CON

DOñA GREGORIA FERRANdez, Religioſa del Convento de San Juan, de la Ciudad de Orihuela:

SOBRE

LA SUCCESSION JURE VINCUli, que por la muerte ſin hijos varones, ni otros legitimos, y naturales de Doña Lorença Ferrandez, tocò à Joachin Ferrandez y de Perez, hijo de Doña Joſepha, y por ſu muerte toca à eſta, en los bienes, que legaron, y deſpues en contemplacion de matrimonio ſe le dieron, à dicha Doña Lorenza, por ſus padres, el Dotor Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol Conſortes.

En Val. Por JOSEPH GARCIA, enfrente la Diputacion, año 1723.

JESUS, MARIA, JOSEPH.

ALEGATO JURIDICO

POR

DOÑA JOSEFA FERRANDEZ

y de Perez;

CON

DOÑA GREGORIA FERRANDEZ, Religiosa del Convento de San Juan, de la Ciudad de Orihuela:

SOBRE

HECHO.

1 EL Dotor Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol conſortes, en el teſtamento, que los dos juntos otorgaron ante Ginès Amorós Notario, hecho en la Ciudad de Orihuela, à los 2. dias del mes de Enero del año 1673. y publicado en el mes de Julio del año 1679. deſpues de aver ordenado lo perteneciente al funeral, y bien de ſus almas, dexaron, y legaron à Doña Lorença Ferrandez ſu hija mayor, los bienes que ſe contienen en la clauſula; que vertida en Idioma Caſtellano, dize aſsi. *Foj. 13. B. A.22.*

2 *Otroſi, mandamos, y legamos à la dicha Doña Lorença Ferrandez nueſtra primogenita hija, treinta y cinco tahullas de tierra huertos, poco mas ò menos, parte plantadas de moreras, y otros arboles frutales, con una Barraca de ocho Andanas, y otra pequeña de dos andanas, cuya fabrica es de lodo, y cañas, ſituadas en los huertos de la preſente Ciudad, partida vulgarmente llamada del arenal, baxo el riego de la azequia de los huertos, por la arroba de las viudas, que las ocho tahullas; alindan por tres partes, con tahullas de Ginès Balaguer, y las otras por levante con tahullas de los herederos de Alcocer, por poniente con tahullas de la Capellania de los Peñalbers, por medio dia con la dicha arroba de las viudas, y por tremontana con el Aſarbe de Albuſten; y aſsimeſmo mandamos à la dicha Doña Lorença, un par de mulas de arado, que tenga obligacion de darſelas el heredero inſtituìdor.*

3 Deſpues de aver continuado en hazer ſemejantes mandas à las demàs hijas, y de expreſſar, que los bienes muebles, y menage de caſa, con las demàs alaxas de oro, y plata, frutos, rentas, y todo genero de emolumentos, que ſe encontraſſen à la fin de dichos conſortes, que ſe huvieſſen de dividir por iguales partes, entre todos ſus hijos, y que ſi ſe caſavan las hijas contra el guſto de dichos teſtadores, ò de qualquiera de ellos, que ſobrevinieſſe, ò del heredero que avian de inſtituìr, que ſe en-

entendiesse revocado el legado, y todo lo demàs, como desde entonces para tal caso le revocavan, señalandolas por legitima un doblon; En la clausula inmediata dispusieron lo siguiente.

4 *Queremos, disponemos, Ordenamos, y es nuestra volũtad, q̃ los legados q̃ tenemos hechos à las dichas Lorẽça, Angela, Isabel, y Josepha Ferrandez nuestras hijas legitimas, y naturales, los ayan de gozar cada una rẽspectivamente mientras que aquellas vivan; con el pacto, vinculo, y condicion, que no puedan vender, enagenar, ni transportar los bienes rayzes, si que solo ayan de servir, y sirvan para ellas, y sus hijos perpetuamente, si yà no fuesse que aquellas, ò alguna de ellas quisiera entrar en Religion, porque en tal caso, queremos, que pueda disponer, y disponga para dicho efeto de los bienes legados, como por su dote; Y si alguna de aquellas muriesse sin hijos legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, en tal caso, que aya de suceder, y suceda en dichos bienes legados, el heredero instituìdor por nosotros, los hijos, y decendientes de aquel, ordine succesivo, prefiriendo el mayor al menor, tanto que sea varon como hembra.*

5 Y passando à la institucion de herencia, dixeron, que instituìan por heredero universal à Pedro Ferrandez, hijo de los testadores en menor edad constituìdo, baxo los pactos, vinculos, y condiciones, no sin ellos, ni de otra manera, cuyo tenor es en esta forma.

6 *Que si muriesse sin hijos legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, que sucediesse el hijo varon mayor, que huviesse la dicha Lorença Ferrandez, con el expresso vinculo de aver de tomar el nombre, y armas de Ferrandez.*

7 *Que si aquella (que haze relacion à Lorença) no tuviesse hijo varon, que sucediesse el hijo varon mayor de Angela Ferrandez, con el mismo pacto, y gravamen de aver de tomar el nombre, y armas de Ferrandez.*

8 *Que si Angela no tuviesse hijo varon, que sucediesse el hijo varon mayor de Isabel Ferraudez, con el mismo pacto, y gravamen.*

9 *Y que si Isabel no tuviesse hijos varones, sucediesse en dicha herencia el hijo varon mayor de Doña Josepha mi parte, con la misma obligacion de aver de tomar el nombre, y armas de Ferrandez.*

10 *Y que esta succesion huviesse de ser por vinculo, y fideicomisso perpetuo, baxo la obligacion de que el successor perpetuamente,*

te, y en cada un año hizieſſe celebrar cierta fieſta.

11 Siguioſe, que el dicho Dotor Pedro Ferrandez, colocando en matrimonio à la dicha Lorença Ferrandez, con Don Nicolas Uiudes de la Torre, con eſcritura recibida por el miſmo Ginès Amoròs Notario, à los 3. de Mayo del año 1678. le diò en dote los miſmos bienes, que eſtan expreſſados en el legado, y otros, haſta el valor de 3413. lib. explicando, que la dicha donacion la hazia baxo diferentes pactos, de los quales omitiendo algunos por no importantes, el mas ajuſtado à nueſtro frangente, es de eſta manera. *Foj.* 30. *à* 34.

12 *Otroſi, con pacto, y condicion, que los bienes rayzes declarados en eſta donacion, no los pueda vender, enagenar, tranſportar, ni empeñar à perſona alguna, ſi que ſolo les uſufructuaſſe mientras viuieſſe, y deſpues de ſus dias, que huvieſſen de ſuceder, y ſucedieſſen en dichos bienes rayzes, ſus hijos, guardando en todo, y por todo la voluntad, y diſpoſicion dexada por la dicha Ana Maria Terol, en el teſtamento recibido por dicho Ginès Amoròs, en el dia 2. del mes de Enero del año 1673. que quiſo ſe obſervaſſe, y cumplieſſe enteramente.*

13 Aviendo tenido eſta donacion ſu cumplimiento, en fuerza de ella, poſſeyò Doña Lorença los bienes legados, y donados por muchos años, haſta que paſsò à mejor vida, ſin aver dexado hijos legitimos, y naturales; pues Doña Gregoria parte otra, es confeſſo entre las partes, que ſolo lo fue natural, avida en el eſtado de viuda, que tuvo Doña Lorença, por muerte de Don Nicolas Viudes ſu marido, conforme lo declara en ſu teſtamento, que recibiò Luis Capera, à los 15. de Noviembre del año 1706. en los primeros codicilos, de 28. de los miſmos, y en los ultimos, de 2. de Deziembre de dicho año. *Foj.* 34. *B. à* 45.

14 Muriò la dicha Ana Maria Terol, ſobreviniendole ſu hijo Pedro Ferrandez heredero inſtituìdo, como eſtà probado en los autos; y muerto eſte antes que ſu padre el Dotor Pedro Ferrandez, ſin aver dexado hijos legitimos, y naturales, ni otros deſcendientes, al cabo de algunos años, el dicho Dotor Ferrandez, ſuponiendo hazer nuevo teſtamento, con eſcritura ante Gregorio Botella, Notario, à los 13. de Febrero del año 1686. diſpuſo diferentes legados, en favor de mi parte, de *Foj.* 78. *à* 87.

Angela Ferrandez, y de Isabel Ferrandez sus hijas, sin instituir heredero, ni dexar la menor cosa à la dicha Doña Lorença.

15 Y aviendo muerto tambien el dicho Dotor Pedro Ferrandez sin aver tenido otro hijo varon, sobreviniendole las hijas, aconteciò la muerte de dicha Doña Lorença, sin la existencia de hijos varones, ni de otros legitimos, y naturales; pues solo dexò à la dicha Doña Gregoria hija natural, à quien instituyò por su heredera en el testamento citado, recibido por Luis Capera, con el pacto, de que muriendo sin hijos, se hiziessen dos partes de su hazienda, y que la una se convirtiesse en obras pias, que no expresso por no importar, y que la otra sirviesse para los hijos de mi parte.

Foj. 38.

16 Nombrò por Curadores en dicho testamento para regir, y administrar los bienes, y persona de la dicha Doña Gregoria, al Dotor Don Gregorio de Soto y Orumbella, y à Don Diego Aguado, Presbyteros, Canonigos de la Catedral de dicha Ciudad, y mudando la voluntad en los codicilos de 28. de los mismos, revocò la clausula de Administradores, y nombrò por tutores, y curadores de la dicha su hija natural, à mi parte, y Joseph Perez Cabrero, consortes; pero en los citados ultimos codicilos de 2. de Deziembre del mismo año 1706. revocò el nombramiento, tutoria, y curaduria, encargados à mi parte, y su marido, y bolviò à nombrar al dicho Don Diego Aguado, y por Don Gregorio de Soto, à Doña Angela de Soto su hermana.

Foj. 37. *B.*

*Foj.*40.

Foj. 43. *B.*

17 Al tiempo de la muerte de Doña Lorença, se hallaron Angela, è Isabel sin hijos varones; y aunque mi parte tampoco les tenia, con todo retenia esperança probable de tenerles, como sucediò la experiencia, en el que le naciò à los 16. de Setiembre de 1709. al passo, que las demàs hermanas, por su ancianidad, y ser viudas, no podian esperar otro tanto, como lo declaran los testigos de mi parte, sobre la pregunta 9. del interrogatorio presentado en segunda instancia; y demanera, que el hijo que le naciò à mi parte, desde luego tomò el nombre de Ferrandez, y assi comunmente le tratavan, por reconocerle indubitado succesor en los bienes legados, y donados a la dicha Doña Lorença por sus padres, yà nombrados,

Foj. 71. *B.*

*Foj.*247. 253. *B.* y 260.

co-

como lo afirman los testigos sobre la pregunta 11. *Dichas foj.*

18 Luego que tuvo el hijo varon mi parte, entrò à ocupar los bienes rayzes de dicho legado, y donacion, y hallandose en la posseſsion de dichos bienes, como Administradora que era en fuerza de averſele dado la de todos los bienes de ſu marido, en el pago de dote que ganò en el año 1702. y deſpues confirmado por el Licenciado Don Juan Quadrado y Jarava, Alcalde Mayor de dicha Ciudad en 18. de Abril del año 1712. con eſcrituras que recibiò Matheo Gilarte, en dicho año 1712. arrendò 34. *tabullas*, parte de las referidas, à Antonio Gutierrez, con la expreſsion, de que lo hazia en nombre de madre, y Administradora de ſu hijo Joachin Ferrandez y Perez, y en el año 1714. y à los 20. dias del mes de Deziembre, en ſu nombre proprio tambien arrendò à Joſeph Roſer, Labrador, 10. *tabullas* de tierra huertos, parte de las expreſſadas en dichos legado, y donacion. *Foj. 12.* *Foj. 95. y 96.*

19 Al cabo de ocho años de muerta Doña Lorença, la dicha Doña Gregoria pidiò à la Real Juſticia de dicha Ciudad, q̃ diceniesſe à mi parte el encargo de Curadora de ſus bienes; pues uſando de la facultad que tendria, como à mayor de doze años, la nombrava por ſu Curadora, añadiendo (lo que no ha probado) de que mi parte adminiſtraria dichos bienes, como à pertenecientes à Doña Gregoria; y que no tendria titulo, qual el del decernimiento que le faltava, y en efecto admitida la ſuplica, ſe tuvo por nombrada à mi parte, y ſe le decerniò el oficio à los 4. de Junio del año 1715. *Foj. 48. y 49.*

20 Supueſto lo referido, como à conſtante, y cierto, teſte proceſſu, ſiguioſe, que la dicha Doña Gregoria, fundada en la vana preſumpcion, de que los bienes legados, y dados à Doña Lorença, ſerian ſuyos, como à ſu heredera; y que la poſſeſsion de mi parte, ſeria como à curadora, y no en ſu nombre proprio, ni como Adminiſtradora de Joachin Ferrandez y Perez, por el tiempo que viviò; deſpues de aver ganado unos embargos, preſtada caucion de fiadores, y ſin aver obtenido declaracion de poſſeſsion, pidiò, que fueſſe amparada en la que ſuponia tener de dichos bienes, à tiempo que mi parte, fundada en la literal vocacion, y llamamiento que avia tenido ſu *Foj. 57.*

hijo

hijo Joachin Ferrandez y Perez, para la ſucceſsion de los mencionados rayzes, legados, y donados à Doña Lorença, y de la poſſeſsion que tenia deſde antes que tuvieſſe el titulo de Curadora, no ſolo alegò los meritos de la declaracion, que como à madre le davan titulo de ſucceſſora, *per mediam perſonam* de ſu hijo, (que con ſola ſu exiſtencia lo avia ſido) ſi que tambien contradiciendo al pretendido amparo, tenia pedido, que ſe le concedieſſe à ſu favor, con cancelacion de los embargos.

Foj. 62. *à* 70.

21 Controvertioſe por las partes, tanto el alegado drecho de ſucceſsion de mi parte, como el deſeſtimable amparo de Doña Gregoria, y ſin embargo de eſtar probada la poſſeſsion de mi parte, deſde el año 1709. como yà lo indicavan los autos poſſeſſorios de los arriendos en eſtraño nombre, del que pudieſſe hazer conſonancia à Doña Gregoria, el Alcalde Mayor de dicha Ciudad, dexò de conformarſe con las pretenciones de las partes; pues no aſsintiò, ni diſsintiò à lo libelado por entrambas, y tomando un deſviado medio, declarò, que no procedia el amparo que pedia Doña Gregoria; y que como à heredera de ſu madre natural Doña Lorença, ſe le devia dar la poſſeſsion de los bienes recayentes en la herencia.

Foj. 169.

22 Apelò mi parte en tiempo, y forma, ſin perjuizio de la nulidad, y aviendoſele denegado en quanto al efeto ſuſpenſivo, repitiò otra apelacion de la denegacion ſuſpenſiva, à que aſsiſtiò el dicho Alcalde, mandando à Doña Gregoria, que afiançaſſe de eſtar à drecho, para lo que V.Exc. reſolviere, en cuyo eſtado paſſaron los autos à eſta Real Audiencia, y en el juizio de apelacion, ſe han conforzado los extremos que dexo referidos, y favorecen à mi parte, ſobre la pretencion explicada.

Foj. 192.

Foj. 193.

23 Y aunque pudiera eſcuſar para el eſperado obtento lo diſcurſivo de la ſucceſsion, que parece cierto le toca à mi parte, con los antecedentes de la continuacion del vinculo de los bienes donados, y antes legados, la excluſion de Doña Gregoria por ſer hembra, è hija no legitima, con ſuſpenſion à la exiſtencia del hijo varon de las hermanas de Doña Lorença, ò por mejor dezir de mi parte ſola, por ſer la que ſe hallava en edad capàz de concebir, colocada en matrimonio, y las demàs viu-

das,

das, y en edad esteril, segun los modos naturales enseñan; pues insiguiendo el consejo del Emperador Justiniano, en el § 4. *Instit. de Just. est jur. à facilioribus est incipiendum*, parece que con recurrir al agravio del despojo que se le hizo à mi parte, sin justificada causa, tendria bastante para la mejora de dicha sentencia, y logro de restituirse al goze de su posseision, y recobro de los frutos, que ha carecido, y se le deven, hasta el dia del verdadero entrego.

24 Con todo, conformandome con lo deducido, y alegado en los autos, probarè la nulidad de dicha sentencia en el fin del discurso de este alegato, assi por el despojo cometido, como por el siniestro amparo que pretendiò, y pretende Doña Gregoria.

25 Y entrando à lo mas primoroso de la dificultad, en exclusion de lo que contradize la contraria, divido este alegato en tres conclusiones para provar lo siguiente.

26 En la primera, que la voluntad del Dotor Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol, fue de fundar mayorazgo; y que por la donacion en contemplacion de matrimonio, que le hizo à Doña Lorença su padre, no se revocaron los pactos vinculos, y condiciones del legado de los bienes en dicha donacion expressados.

27 En la segunda, que por la muerte sin hijos varones, ni otros legitimos, y naturales de Doña Lorença, estuvo la succesion de los bienes donados, y antes legados, en suspenso hasta que naciò Joachin Ferrandez, à quien por ministerio de la Ley se le confiriò, y por su muerte à Doña Josepha mi parte.

28 Y en la tercera, darè satisfacion à los argumentos que se obstan.

CONCLUSION I.

PRUEVASE, QUE LOS BIENES LEgados à Doña Lorença, fueron vinculados; y que no se derogò el vinculo, por la donacion que en contemplacion del matrimonio se hizo de los mismos bienes à la misma.

29 EL que intenta inferir con acierto, à de procurar poner el antecedente necessario, como enseña el Philosofo; y siendo el antecedente principal de esta conclusion, la prueva de la fundacion del vinculo, es irrefragable el recurso à la disposicion que dexo assentada; pues en ella tengo inducidas todàs las consequencias, como seguras las premissas para afiançar la justicia de mi parte.

30 Amonesta Cuyacio en la consultacion 51. que para la verdadera inteligencia de la voluntad, y acertado juizio en la decision, se contemple todo lo escrito en el testamento, ibi: *Non ex uno versu testamentì jus dici opportere, sed ex antecedentibus, perpetuoque tenore, & perpetua continentia, ejus scriptura; omnibus ex partibus conciderate perpensa.* Y no es mucho que assi lo aconcejara, sabido lo que previene el Jurisconsulto Celso, que se guarda sobre la Magistral enseñança, como à ley, *in l. 24. ff. de legib.* ibi: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua ejus particula proposita judicare, vel respondere. L. Quæsitum 12. §. Papinianus 45. ff. de instructo, vel instrum. legat.* Parexa *de instrum. edit. tom. 1. tit. 5. resol. 13.* Casanat. *cons. 17. num. 1.*

31 Pero valiendome del concejo de los Emperadores Severo, y Antonino *in l. 1. Cod. si minor ab hæred. se abstin: Fides veritatis verborum adminicula nõ desiderat*, disimularè alguna ponderacion, por afectar la brevedad, de todos encargada, con todo que la disposicion dà campo para largo discurso.

32 Y entrando en el assampto de esta conclusion, descubrese tacita, y expressamente fundado el vinculo, que favorece

la

la succesion de mi parte *per mediam personam* de su hijo Joachin Ferrandez y de Perez: Porque en el testamento de los dichos Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol, se halla expressa la voluntad de querer fundar vinculo, ò fideicomisso perpetuo, como se lee en el hecho num. 10. *Y que esta succesion huviesse de ser por vinculo, y fideicomisso perpetuo*; con cuya clausula sola se entiende, que la voluntad fue, de conservar los bienes perpetuamente en su casa, y familia; y que se entendieran expressadas todas las clausulas, vocaciones, y substituciones de tal indicacion.

33 Assi lo defiende el Señor D. Luis de Molina *de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 4. n. 15. in medio*, ibi: *Quæ omnes substitutiones, quæ ad hanc perpetuitatem conservandam necessariæ sunt, ex hoc verbo, majoratus inducuntur. Non est novum, ut ex unico verbo plures substitutiones deducantur. L. cohæredi 41. §. Qui discretas 4. ff. de vulgari.* El Señor Don Juan del Castillo *controvers. jur. lib. 5. tom. 6. cap. 143. num. 3.* con muchos que en comprobacion de esto mismo entrambos traen.

34 Mas como esta qualidad expressa, que dà el ser causa de estado, tambien se prueva por la voluntad conjeturada, Surd. *decis. 36. n. 6. & cons. 96. n. 14. & 15.* Fontanel. *decis. 36. n. 7.* Mantic. *de conjecturis lib. 6. tit. 15. n. 12.* Rosa *consult. 69. n. 29. 52. & 159.* pues no solo se tiene por expresso lo que està claro, y manifiesto, si que tambien aquello que se induce, por conjeturas aprobadas de vehementes, el Señor Castillo *lib. 4. cap. 29. n. 17.* Rosa *consult. 69. n. 30.* Mantic. *lib. 3. tit. 9. n. 4.* Surd. *cons. 2. n. 4.* El Señor Crespì *observ. 22. n. 12.* Valenzuela *cons. 13. n. 109.* Vela *tom. 2. discept. 49. n. 51. & 52.* fundados *in leg. licet Imperator 74. de legat. 1.* ibi: *si nõ fuit evidẽs diversa voluntas, quæ ex multis colligetur, l. non aliter 69. de legat. 3. l. cum proponebatur, l. unum ex familia, §. fin. de legat. 2. l. Nutu 21. de legat. 3. l. quisquis de verbor. significat.* & ibi Mantica *lib. 8. tit. 1. n. 18.* ibi: *Porro licet verba deficiant, tamen ex conjectura voluntatis intelligitur etiam relictum fideicommissum*: Parece que con mayoria de razon se confessarà este vinculo, puestas las conjeturas, con lo expresso de la voluntad, aunque no sea para mayor prueva que la de adminiculo.

Mu-

35 Muchas ſon las que aqui ocurren ; pero valiendome de las mas principales, que eſtan aprobadas por mucha copia de eſcritores, y canonizadas por los mas celebres Juriſconſultos: omiti è algunas por no contradezir al precepto que dexo reconocido.

36 La primera conjetura es la prohibicion de enagenar apueſta à los quatro legados dexados à las hijas, y recopilados en la clauſula num. del hecho ; pues eſto indica aver querido los teſtadores, que los bienes ſe conſervaſſen en la familia, *l. filius familias*, §. *Divi el 2. ff. de legat. 1. l. qui Romæ*, §. *cohæredes de verbor. oblig.* Barth. *in l. pater filium*, §. *fundum titiænum, n. 1. de legat. 3.* Maſon. *deciſ. Floren. 109. n. 3.* Mart. *vot. peſ. 30. num. 5.*

37 La ſegunda, aver llamado para el caſo de faltar las hijas ſin hijos legitimos, y naturales, de legitimo, y carnal matrimonio, nacidos, y procreados, à Pedro Ferrandez heredero inſtituhido, ſus hijos, y deſcendientes, ordine ſucceſsionis, prefiriendo el mayor, al menor, tanto varon, como hembra; pues eſta expreſsion induce mayorazgo, por la vocacion colectiva que incluye à toda la deſcendencia, Molina *lib. 1. cap 5. n. 32. & 33.* Velaſquez *conſ. 69. n. 6.* Fuſar. *quæſt. 390. n. 2.* Barboſ. *vot. 70. n. 15.* El Señor Caſtillo *lib. 4. cap. 9. n. 42.* Mantica *de conject. lib. 8. tit. 11.* Peregrin. *de fideicom. art. 22. n. 43.* Torre *de majorat. p. 1. cap. 18. n. 4.* Cardenal de Luca *de fideicom. diſcurſ. 93. n. 7. verſ. 2.*

38 Si bien es verdad, que no ſe podrà dezir eſte fideicomiſſo, ò mayorazgo en eſtas vocaciones de riguroſa agnacion, por cauſa de aver llamado à las hembras de ſu deſcendencia por la linea del heredero ſubſtituhido en caſo de ſer mayor ; pues entonces no ſe contépla de riguroſa agnacion, agnacion ſola, ò ſimple maſculinidad, ſi q̃ ſe convierte en mayorazgo, ò fideicomiſſo regular, *l. pronuntiatio 195. §. fin. de verb. ſignificat.* Surd. *concil. 475. n. 19.* El Señor Don Juan del Caſtillo *cap. 92. n. 16.* Alexand. *conſ. 11. n. 1. lib. 4.* Socinus *conſ. 158. lib. 2. n. 4.* Menoch. *conſ. 95. n. 98. lib. 2.* Peregrin. *de fideicom. art. 25. n. 16. & 26.* y mas, comprehendiendo entrambas qualidades, la palabra deſcendientes ; pues tanto la maſculinidad, como la filia-

cion,

cion, que se entiende el sexo femenino, tienen literal, y expressa vocacion, aunque no se previniera por los testadores. El Señor Molina *lib. 3. cap. 5. num. 61.* dexandolo por supuesto a los num. 25. & 50. del mismo libro, y cap. y en su comprobacion Casanat. *Consi. 15. num. 40. Consi. 38. num. 80. Consi. 50. num. 35.* Valenz. *Consi. 97. n. 57.*

40 La tercera conjetura es el aver llamado al primogenito, cō la expresion dicha de que se sucediesse, por vinculo, y fideicomisso perpetuo, pues esta disposicion arguye mayorazgo. El Señor Molina. *lib. 1. cap. 5. num. 39.* ibi: *Octava conjectura mayoratus erit: Si testator reliquerit bona filio suo primogenito, ita ut deinde in eis succedatur, seu vadant, de majori, in majorem, vel de primogenito, in primogenitum.* Peregrin. *de fideicom. art. 22. n. 77. sic etiam cum dictum fuisset de descendente in descendentem, de hærede in hæredem, de primogenito in primogenitum, perpetuum resultaret fideicommissum.*

41 Y mas estando la diccion perpetuamente, que esta sola lo canoniza, como refiere el Señor Molina *lib. 1. cap. 5. n. 32. & 33. quinta conjectura est: si testator bona sua reliquerit alicui filio, vel agnato, ita ut semper, seu in infinitum, in eis primogenitus succedat. Idem namque est. Dicere quod succedatur servato ordine primogenitura, ac si diceretur, servato ordine majoratus, majoratus enim, & primogenitura, idem sunt, ut sup. isto lib. cap. 1. latius ad notavimus, & nihil aliud est ordo majoratus, quam quod filius major semper succedat. Quod coadjuvatur ex dictione semper, quæ ex propria natura, perpetua, & universalis est.*

42 Aunque en este caso se deverà dezir, que la succesiō es de mayorazgo, para constituir diferencia del simple fideicomisso, pues no suena clausula en el testamento, que quiera admitir à muchos à la succesion, si à uno solo, que es lo que notaron diferentes que citan. Mieres *de majorat. part. 1. quæst. 3. in princip. n. 4. & part. 2. quæst. 3.* Lara *lib. 1. de antiquit. cap. 7. n. 21.* Paz *de tenueta, cap. 4. num. 5.* Molin. *el Theologo, tom. 3. de justitia, & jure, disp. 555. n. 9.* Pegas *de majorat. tom. 1. cap. 6. n. 61.* el Señor Molina *lib. 1. cap. 1. n. 7. & 8.*

43 Dexandolo mas claro la clausula, ò diccion, ordine succesionis, pues arguye evidente fundacion del mayoraz-

go lineal, con perpetuidad, y exclusion de muchos, como lo resolviò el Señor Valenzuela *Consi.* 185. *num.* 14. ibi: *Quarta conjectura resultat, ex eo quod institutor, usus fuit dicto termino, servato ordine, &c. prærrogativa primogenituræ, tã inter masculos, quam feminas, ab eo descendentes; resultat enim imprimogenium perpetuũ ex dispositione perpetuitatis, inductiva.* Cõtinuádo despues de varias citas. *Nam cum primogeniorum ea sit natura, quod sint perpetua, & bona remaneant vinculo, & fideicommisso subjecta dictus testator, usus fuit facere dispositionem, conformem substantiæ, intelligentiæ, & observantiæ majoratuum, & primogeniorum perpetuorum hispaniæ, & per consequens discendo, quod servaretur jus primogenituræ videtur enim primogenituram perpetuam induxisse., cap. licet devoto ubi DD. nam qui vult aliquod factum, videtur velleca omnia, quæ sunt de natura talis facti. L. non codicillum C. de testam. ubi DD.*

44 Y tanto mas en este caso en que la disposicion hablò entre los descendientes, por favor de los quales con mas leves conjecturas se entiende la reciproca, con el mesmo orden de la perpetuidad, y orden succesivo, que es de uno solo, como por requisito de la ley *Titia suyo* §. *seya libertis, ff. de leg.* 2. Lo defienden Alexand. *Consi.* 101. *n.* 13. *lib.* 7. Decian. *respons.* 84. *num.* 28. Palma, Fran. *consult.* 9. *n.* 11. Gracian. *discept. forens. cap.* 62. *n.* 1. Marescot. *var. resol. lib.* 1. *cap.* 45. *n.* 3. *& sequent.* Belon. Tun. *Consi.* 507. *n.* 40. *&* 41. Actolin. *resolut.* 106. *num.* 6. Mancio *consult.* 346. *n.* 36. con los siguientes. Cardenal de Luca *de fideicom. discur.* 100. *n.* 3. Mancio *consult.* 219. *n.* 11. *&* 220. *n.* 24. Rot. *apud* Bichium, *decis.* 271. *n.* 25. *& decis.* 280. *n.* 21. *&* 315. *n.* 5. *part.* 10.

45 La quarta conjetura se induze de las vocaciones de los hijos, y decendientes varones de las quatro hijas, con el gravamen de aver de tomar el nombre, y armas de Ferrandez, como lo refiere el Señor Leo, *in responso juris post decis.* 173. *n.* 27. con la decision del Supremo Consejo de Aragon en que se halla aprobada esta conjetura ibi: *Item alia deducitur ex vocatione filiorum masculorum Neptum testatoris in defectum Nepotum cũ gravamine delationis nominis, & armorum,* y poco despues. *Quam conjecturam aprobavit hoc S. S. R. C.* pues esta conjetu-

ra à mas de ser por si sola bastante, para induzir concepto de agnacion, sino verdadera, ficta, como lo defienden el Señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 133. *n.* 21. por lo que refiere al num. 7. el Señor Leo *tom.* 3. *decis.* 1. *n.* 38. Merlin *decis.* Rotæ *tom.* 1. *decis.* 12. *n.* 39. Fussar *de substit. quæstion* 384. *n.* 9. *& quæst.* 499. *n.* 14. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 69. *n.* 19. Ramon. *Consi.* 15. *n.* 75. Thesaur. *decis.* 270. *n.* 10.

46 Es la mas conforme para inferir la conservacion de la agnacion, y familia, como lo sintieron Roca *d. consult.* 69. *n.* 168. *&* 70. Mier. *de majorat. tom.* 1. *p.* 2. *quæst.* 6. *n.* 274. Govean. *post* Thesaur. *decis.* 270. *n.* 19. *&* 32. Menoch. *lib.* 2. *Consi.* 117. *n.* 23. ibi: *Solent enim sepe testatores ita disponere, cum vident propriam agnationem extingui, vel dubium de fine habent, cognatos instituunt hæredes, & invent arma, & nomen sui testatoris assumere, sicuti retuli satis copiose in Consi.* 30. *n.* 6. *in discur. illius responsi, & ni ego fallor, urgens admodum est hæc conjectura.* El mismo *Consi.* 105. *num.* 14. *&* 15. *& tandem, quia voluit testator, quod casu quo deficiant masculi ex ipsa linea masculina, succedant masculi in linea femenina, qui tamen assumant cognomen, & insignia familia Montafie, sicque ipsius testatoris id quod significat aperte voluisse conservari testatorem agnationem, & familiam suam.*

47 Y con superior razon no siendo dudable, que estos gravamenes de nombre, y armas, son los que fuerzan el conocimiento de la naturaleza, y calidad del majorazgo para el concepto de agnacion, por que miran directamente al fin de conservar la familia: Addentes, *ad* Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 34. Joan. Franc. de Ponte *Consi.* 4. *num.* 35. Cavalc. *decis.* 5. *n.* 62. *p.* 3. Tusch. *tom.* 1. *concluf.* 106. *vers. Arma, & insignia* Casanat. *in* Cathal. Glor. Mund. *p.* 1. *Consi.* 38. *Concluf.* 41. Tiraquel. *de nobil. cap.* 6. *num.* 17. ibi: *Et ad hunc finem dirigitur omnium testatorum dispositio, ut nominis, & armorum delativo, perpetua semper, & in marcessibilis eorum memoria in posterum reddatur,* el mismo *de Jur. Primog. cap.* 71. *n.* 3.

48 Con que concurriendo tanto numero de conjeturas, sin las que consulto omito, parece inquestionable aver fundado nuestros testadores, vinculo, ò mayorazgo, pues quan-

do cada una no fuera baſtantemente poderoſa, y eficàz, concurriendo juntas, deven canonizarſe de ſuficientes, por la regla, *ſingula, quæ non prorſunt, unita invant. L. 2. §. 1. de excuſat. tutor. l. inſtrumenta 5. C. de probat.* Durand. *deciſ. 126. n. 37.* ibi: *Et quatenus quælibet iſtarum conjecturarum de per ſe non ſufficeret pro elicienda voluntate teſtatoris conſervandi agnationem, ille tamen ſimul junctæ, & coadunatè, videntur ſufficientes ad text. in l. ſi ſtipulatus ff. de uſuris.* El Señor Molin. *de Primogen. lib. 1. cap. 5. n. 41. & 42.* Fontanel. *deciſ. 33. n. 6.* el Señor Caſtill. *lib. 4. controverſ. cap. 9. n. 24. & lib. 5. cap. 93. §. 6. n. 1*, ibi: *Quod ſi aliqua conjectura in diſpoſitione inveniatur, quæ judicanti non ſatisfiat, reſpiciendum erit, utrum ſimul cum ea alia etiam concurrat; ſolent enim plures conjecturæ ſimul junctæ id efficere, quot una per ſe ſola id efficere non poteſt.* Lo miſmo defendieron Suelv. *lib. 2. Conſi. 43. n. 35.* el Señor Creſpi *obſerv. 23. n. 12. in fin.*

49 Arreglado eſte antecedente, vieneſe muy à la mano, no averſe revocado por la donacion en contemplacion de matrimonio el dicho legado, ni los pactos vinculos, y condiciones que dexò fundados, porque en la miſma donacion ſe halla el expreſſo pacto de la prohibicion de enagenar, y que ſe guardaſe en todo, y por todo la voluntad, y diſpoſicion dexada por la dicha Ana Maria Terol, en el expreſſado teſtamento, como ſe lee en el hecho num. pues la qualidad de referirſe al teſtamento, induce la repeticion, con todas las qualidades, y circunſtancias. Barboſ. *axiom. 201. n. 1. 2. 3. & 4.* Peregrin. *de fideicom. art. 16. n. 111.* Surd. *Conſ. 313. n. 40.* Caren. *reſol. 129. n. 4.* Urceol. *conſult. 86. n. 8.* ibi: *Verba enim ut ſupra, repetunt eundem ordinem quem teſtator præſcripſerat cum omnibus ſuis qualitatibus, & circunſtantiis.*

50 Sin que lo embaraze la diverſidad de tiempos, por deverſe entender acto correſpectivo, de cuya naturaleza es, reputarſe por un miſmo inſtrumento, y recibir una miſma interpretacion, aunque no ſe celebré en un miſmo tiempo. *L. Quædam ff. de rebus dubiis.* Ibi: *Sed ex poſt facto retroducitur, & apparet, quod actum ſit. L. Sed Julianus §. Proinde ad* Macedonianum. Ibi: *Intelligendumque ab initio, ſic acceptſſe.* Sin embar-

go, que sean dos instrumentos, segun sentir de Bald. *in cap. ex tenore num. 3. de rescript.* ibi : *Licet duæ sint scripturæ una tamen est realitas, & unum intellectuale.* Y en el consejo 327. n. 3. ibi ; *Unum ergo, & idem videtur, vel ratione contextus in tempore, vel ratione continuati consensus in mente.*

51 Lo mismo dicidiò la Rota *p.* 10. *recentiorum decis.* 222. *n.* 15. *&* 16. en terminos de contrato. Ibi: *Quia cum isti contractus initi fuerint tali modo, ut ad eundem finem tendant, & quasi pro uno solo contractu à contrahentibus fuerint habiti, non debent diverso jure censeri, ad eò, ut unus censeatur prorsus factus intuitu, & contemplatione alterius, & consequenter, licet diverso tempore celebrati fuerint, reputandi sunt omnino correspectivi.* La misma Rota *decis.* 370. *n.* 13. *p.* 17. *recent.* ibi: *Et quamvis duo fuerint instrumenta, unum tamen alteri in esse videtur, & ambo pro unico reputantur, ne respectu gestorum in uno instrumento, quo ad juris censuram, dicatur prius, vel posterius.*

52 Y no es mucho que entre esta correspectividad quãdo sobre la razon de dependiente la una de la otra, que contemplò la Rota *decis.* 223. *n.* 10. *p.* 12 *recent. ex l. fin. C. de acceptilati.* Se halla explicada la misma voluntad en el testamento, de querer, que sirviesse para dote lo contenido en el legado, que es lo que se efectuò en la donacion, pues à la manera, que la voluntad del testador, se colige de lo antecedente, y consequente explicado en el testamento, *L.* 50. *§. fin. de legat.* 1. *l.* 126. *de verb. signific.* el Señor Castillo *lib.* 2. *cap.* 26. *n.* 152. Mier. 2. *p. in princ. n.* 377. Fontanell. *decis.* 526. *n.* 23. ibi: *Clarum enim est testatoris voluntatem sicut ex præcedentibus, quæ declarant sequentia, sic etiam ex consequentibus, quæ similiter declarant præcedentia colligi.* Se deve contemplar en nuestro caso, de lo manifestado en el testamento, y donacion.

53 Y aunque no favorecieran este intento las dotrinas referidas, no se hallan de menos autoridad escritas en los terminos de esta question, despues de los expressos textos, que desempeñan el assumpto, porque segun la ley *filia* 11. *C. de legat.* el legado de especie hecho por el padre à la hija, se entiende executado, si à la misma se le entrega en dote, ibi : *Filia legatorum non habet actionem, si ea quæ in testamento reliquit,*

vivus pater, postea in dotem dederit, l. Lutius Titius 22. de legat. 2. donde se propone, que el precio de la Milicia que el padre vendiò, despues de averla legado, y entregò al legatario, con donacion entre vivos, fue una anticipacion, y paga del legado, como lo dize el Jurisconsulto en aquellas palabras, ibi: *Existimo pretium Militiæ præstari non oportere, nisi legatarius ostenderit, testatorem, & post factam solutionem, iterum eum pretium Militiæ accipere voluisse.*

54 Pues si la donacion huviera sido por causa voluntaria, no ay duda, que se revocaria el legado, como los pactos, vinculos, y condiciones, ò el mayorazgo instituìdo en ultima voluntad, pero no, siendo por causa necessaria, y la persona del legatario la misma que recibiò los bienes legados en contemplacion de matrimonio, *l. si fideicommis. 11. §. si rem de legat. 3. l. rem legatam de adimen. legat. l. 17. & 40. tit. 9. partit. 6.* Zefal. *cons. 84.* Ant. Gom. *lib. 1. cap. 12. n. 56.* el Señor Salgad. *2. part. laberint. cap. 19. n. 15.* el Señor Castill. *tom. 6. cap. 123.* Pegas *de majorat. tom. 1. cap. 5. n. 30. & n. 31. Qua causa datur* (habla relativè à la causa necessaria de la dote que refiere Gracian *cap. 251. n. 62. & 63.*) *Qua causa datur in constitutione dotis, & in alienatione propter illam facta non procedunt dicta lex filia, nec alia jura, quia pater tenetur filiam dotare, & filiis dare donationem propter nuptias, pro oneribus matrimonii sustinendis ad dotis similitudinem, l. cum mulier 20. C. de donat. propter nupt.* Gomez *in l. 50. Tauri, n. 9.* y concluye en el *n. 32.* ibi: *Atque ita in hoc casu, non censetur legatum, aut fideicommissum revocatum; quia facta est dos per titulum oneroſum; & pro satisfacienda obligatione legali.* Mantic. *lib. 12. de conject. tit. 6. n. 18. & 19.*

55 Porque es comun conclusion, que legadas ciertas especies, ò bienes, y dandose despues à la misma persona que se le hizo el legado, por contrato entre vivos, viene à ser una paga anticipada de èl, y se compensa con el legado la donacion, por ser legal, que el legado no se revoca, si que se cumple, y executa, con la ocasion del matrimonio, transfiriendose el legado en la donacion, y continuandose la voluntad de legar en la execucion de la entrega, y por esta cessa el lega-

do, y la voluntad perseverà en la donacion, que son los terminos del consejo 84. de Cephalo n. 7. y lo comprueban Surdo *cons.* 119. *n.* 10. Paschal. *de viribus Patr. potest. cap.* 6. *part.* 2. *n.* 36. Menoch. *presum.* 109. *n.* 23. *lib.* 4. Card. de Luc. *de legat. discurs.* 51. *n.* 3. *& discurs.* 54. *n.* 13. Marin *lib.* 1. *resolut.* 93. *n.* 3. de suerte, que assi como se dize pagado el legado quando muerto el testador, el heredero entrega la cosa, ò paga, pues entonces no se puede dezir revocado, si bien cumplido, y executado: assi tampoco dando el testador al legatario lo mismo que le avia legado, no se podrà entender, que le revoca, sino que cumple, y executa en vida, lo que el heredero avia de hazer despues de muerto el testador, porque con la donacion, se acabò el legado, por averse cumplido, y executado, y no revocado, como dize el Evangelio: *Non veni legem solvere sed adimplere.*

56 Y si la clausula del num. no se quisiera reconocer por equivalente à la expressa voluntad de entenderse puestos los pactos, vinculos, y condiciones del testamento en la misma donacion, de la misma suerte se hallarà assistida esta verdad juridica, porque de una, y otra escritura se descubre continuada la voluntad, ultra de lo correspectivo que dexo fundado, Pegas *ubi sup. n.* 27. ibi: *Et asserens habere factum majoratum, ut constabat ex scriptura, licet postea dotet bona, absque vinculi mentione manet ex una, & altera scriptura factus majoratus, ut judicatum fuit.*

57 Infiriendose con mucha propriedad, que la voluntad del legado, es la que govierna la donacion, por estar incluida en ella, y solo ay diferencia en el titulo de adquirir, no diversa voluntad, transfundiendose el titulo del legado, que es revocable, en la donacion que es irrevocable, y assi como la voluntad es una, y el legado se avia dexado à la dicha Doña Lorença, con los vinculos, y gravamenes de mayorazgo, dàdo despues à la legataria los mesmos bienes, se entiende que se los dà con el mesmo gravamen de mayorazgo, puesto, que de una, y otra escritura, queda permanente el vinculo, y que no importò otra cosa la donacion, que la execucion, y paga del legado.

58 Es digno para este concepto lo que refiere con su magistral resolucion Gomez *in d. lib. 4. var. cap. 12. de legat: n. 4.* ibi: *In quo articulo resolutivè dico, quod si testator simpliciter tradidit, non dicendo, nec exprimendo se tradere ex causa præcedentis legati, transit in donationem puram, & perfectam inter vivos, & non poterit amplius revocari.* Siguiendo lo mismo Ayllon *n. 6.* con mucha copia de AA. que refiere, y lo defienden sin contradictor.

59 Y reparando en la palabra *TRANSIT.* Se dexa comprender mas claro, que el legado passò à donacion como quien dize, que la voluntad misma del legado, passò, y caminò sin la menor mudança en quanto al fin de los pactos, vinculos, y condiciones, solo si en el titulo de la mayor, ò menor permanencia puede constituirse diferencia, pues el uno es revocable, y el otro irrevocable, aunque entrambos tienen el mesmo titulo de donacion por serlo el legado, *L. legatum est 36. de legat. 2. legatum est; donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.* Conque dandose lo mismo por donacion entre vivos, y à la mesma persona, se deve dezir, que es la misma donacion del legado, que de revocable passò à irrevocable.

60 Pruevalo un exemplo de todos confessado; la persona que passa de una calidad à otra, como de plebeyo à noble, ò muda de vestido, dexando el manirroto, y triste, por otro nuevo, y de mejor adorno, sin embargo de la exempcion de plebeyo que gozò por la investidura de noble, ò por la mudança, que le diò mayor acceptacion al nuevo vestido, siempre es una mesma persona en la realidad de su existencia, pues no se le infundiò sangre noble, por la exempcion de plebeyo, si solo fingiò el privilegio mutacion de estado, como el vestido mayor decencia, porque el Abito no haze el Monje: pues al intento: aviendose hecho el legado, que por mencion de la muerte tenia el vestido triste, melancolico, y lugubre, entregandose por donacion entre vivos, vistiò nuevo trage, pues se puso de regosijo, y bodas, quedandose en el mismo estado la subsistencia de la voluntad, y siendo la del legado, de que gozasse los bienes Doña Lorença, con el gravamen de vinculo,

y mayorazgo, en el transito à donacion entre vivos, es precisso, que consigo lleven las mesmas calidades.

61 Ajustase à este intento la dotrinal autoridad de Gracian en la *discept.* 751. *n.* 2. *&* 3. pues assentando, que uno hizo dos testamentos, y que en el primero dexò fundado un mayorazgo, y en el segundo pretendian los interessados estaria revocado el primero, resuelve, que por la donacion entre vivos que confirmò el primer testamento, se devia governar la decision, y dize assi: *Tamen ista procedunt respectu secundi testamenti, quod scilicet, ex primo revocato, non summatur aliqua interpretatio, quo ad sequens testamentum, pro ut omnes DD. tenent; cum aliud sit in casu nostro, in quo primogenitura cum conditionibus per testatorem requisitis, non consideratur, tamquam facta in primo testamento revocato, sed tamquam celebrata in donatione inter vivos, in qua dictæ conditiones, & qualitates sunt repetitæ per relationem ad primum testamentum, quæ relatio operatur, ut tam primogenitura, quam fideicommissum, & omnes conditiones, & qualitates censeantur specialiter expressè, & incertæ, verè, & propriè in eadem donatione inter vivos.*

62 Y no se deve tomar tan materialmente lo que refiere este Autor, de que no se deve admitir interpretacion del primer testamento revocado, porque sin embargo de prevalecer el ultimo testamento, siempre se tiene por prudencia atender al primer testamento, para colegir mejor la voluntad del segundo; assi lo amonestan Mantica *de conjectur. lib.* 3. *tit.* 20. *n.* 4. Gabr. *conf.* 97. *n.* 28. Ripa *conf.* 132. *n.* 13. ibi: *Et licet illud testamentum fuerit revocatum per secundum,* § *Posteriore, Instit. quib. mod. testam. infirm. Tamen quantum sit ad declarandum disposita in ultima voluntate, licitum est sumnere argumentum à testamento revocato. L. fin. ff. de reb. dub.* Bart. *in l.* 2. *ff. quemadmodum testam. aper.* ibi: *Inter esse nostra habere testamentum imperfectum, & revocatum pluribus ex causis, & maximè, quia per tale testamentum declaratur intentio alterius, ratione voluntatis.* Y sin estos lo siguieron otros que cita Fontanel. *decis.* 89. *n.* 25.

63 Luego resultando bien clara la voluntad del Dotor Pedro Ferrandez, de no entender apartarse en un apice de la voluntad explicada en el testamento de Ana Maria Terol, an-

tes si, que se conservasse en todo, y por todo; cuya expressión, *nihil excludit*, se deve confessar, que en la donacion se continuaron los pactos, vinculos, y condiciones; y que por ser esta irrevocable, como celebrada entre vivos, se deve estar à ella para la decision, sin perder de vista la voluntad antecedente del testamento, à que se refiriò para la mas perfeta inteligencia de los pactos, vinculos, y mayorazgo que và fundado, diziendo con Fontanella en la *decis.* 173. *n.* 13. que la voluntad del testamento fue transfundida, y transmutada en la donacion, y que assumiò la naturaleza de irrevocable, conservando el fideicomisso condicional del contrato (de que habla este Autor) en favor de los instituìdos, y substituìdos en el testamento.

64 Siendo tan conforme à drecho este favor de los substitutos, que por lo mismo aconsejan los Autores, se busque toda interpretacion, en el caso dudoso, para mantener el fideicomisso yà inducido, Cancer. *var. cap.* 8. *n.* 156. ibi: *Accedit, quod in dubio non debet censeri fideicommissum, revocatum, ut ex multis resolvit* Nata *cons.* 476. *n.* 16. Cephal. *cons.* 27. *n.* 3. *ubi dicit. Non esse faciendam interpretationem in dubio, ut fideicommissum jam inductum censeatur revocatum, tametsi interpretatio sit facienda, ne ab initio censeatur inductum. L.* 3. §. *si duobus, ff. de adim. legat. cum protestetur per secundam donationem nolle priorem alterari, necessario affirmare cogimur dictum vinculum, non censeri remissum, sed in suo robore stare, quo ad bona in priori donatione contenta.*

65 El Señor Obispo Don Geronymo Roca *disputat.* 25. *n.* 27. sigue el mismo dictamen: *Ulterius eadem fideicommissi ademptio, non est præsumenda, nisi concludenter probetur. Mutatio enim voluntatis ex qua debet illa prodire, non præsumitur; omnisque possibilis interpretatio pro illa excludenda capi debet.* Continuando la razon mas formal; porque deve atenderse à la voluntad de los testadores, y al fin à que dirigieron el legado, ò disposicion precedente para formar el concepto de aver mantenido la voluntad primera, y mas en el caso en que quisieron beneficiar à la descendencia, y agnacion, sino verdadera ficta, como lo denota estar excluìdas las hembras, y llamados los hijos de ellas.

66 Y no es desistida de mucho fundamento juridico la razon asignada, sabida la regla de los contratos, y disposiciones testamentarias, que previene se entienda reservado en la segunda escritura, todo lo reservado en la primera, como no se expresse lo contrario, ò se muestre incompatible lo dispuesto en la primera, con lo ordenado en la segunda. *L. inter dilectos, §. certum, ff. de fide instrum. l. 4. §. si ex conventione, ff. de re judic. l. fin. C. de novat. §. præterea, institut. quib. mod. tolit. oblig.* Cancer. con muchos *cap. 8. n. 136.* y de la voluntad declarada en la donacion, se reconoce la concordancia, y expressa reservacion de lo expresso en el testamento de nuestros testadores, porque no se halla incompatibilidad alguna, antes una relacion idemptica, como la del primer pacto del legado, y donacion entre vivos.

67 Concluyendo esta primera parte con las autoridades que pueden verse, à mas de las citadas, y sus fundamentos *in l. fin. ff. de rebus eorum, l. quædam mulier 27. de reivindic. l. 4. §. undè quæri potest, ff. de manumis. l. post dotem, ff. solut. matrim.* & ibi Barbos. en su tratado *l. si servus communis, ff. de stipulat. servor.* y sus comprobantes, Menoch. *præsumpt. 49. lib. 3. n. 22.* Surd. *cons. 19. n. 18. lib. 1.* Casanct. *cons. 40. n. 17.* Ciriac. *controvers. 208. n. 5. controvers. 548. n. 29.* Acolin. *resol. 42. n. 44.* Maresc. *var. lib. 2. cap. 33. n. 7.* Parexa *de instrum. edit. tit. 5. resol. 1. n. 20.* El Señor Don Juan del Castillo *lib. 5. cap. 108. per tot.* El Señor Don Joseph Vela *tom. 2. dicert. 47. n. 20.* Fontanel. *de pactis, claus. 4 gloss. 13. n. 23.* Gratian. *discep. 635. n. 20.* El Señor Crespì *observat. 37. n. 22.* Iranz. *de protest. considerat. 1. n. 9. consi. 3. n. 2. & considerat. 48. n. 3.* Bosio *de matrim. cap. 11. n. 551.* de Luca ad Franch. *decis. 422. n. 1. vers. Contrarium,* sin otros que dexo en silencio, por no desmentir el precepto de lo abreviado que prometì; pues aunque hablan en otros terminos, son tan ajustados para arguir en la afirmativa de los nuestros, que prope nefas serà la negativa sutilizada.

CONCLUSION II.

PRUEVASE, QUE LA SUCCESSION de los bienes que contienen el legado, y donacion, estuvo en suspenso, hasta que nació Joachin Ferrandez y de Perez, à quien se le comunicò por ministerio de la ley, y que por muerte de este, ha sucedido Doña Josepha mi parte.

68 ESta conclusion parece ilacion de la antecedente; porque estando fundado el vinculo, y su permanencia, que es el primer prerequisito que previenen los Autores *ex l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* siguesse la prueva, de que el dicho Joachin Ferrandez tuvo llamamiento, aunque no era nacido al tiempo de la muerte de Doña Lorença gravada à restituir, *ex l. 1. C. quorum bonorum*, y por remate, que vino el caso de suceder, *ex l. si quis ita 21. ff. de vulgari*, pues de aqui se infiere la transmission, ò succession de mi parte Doña Josepha Ferrandez.

69 Y tambien parece, que haziendo reflexion sobre lo que dexo assentado en el hecho à nn. 6. 7. 8. y 9. como de lo demàs que se lee en el testamento en la clausula de nombramiento de tutor, y curador, que dieron à las hijas los testadores, puede con facilidad desempeñarse el antecedente de la suspension que propone el proemio de esta conclusion, porque dexando por supuesto, que en la consideracion del recto Juez, queda vinculada la estimacion de la duda que puede originarse sobre la questionable voluntad, *ex l. 7. C. de fideicommiss. Voluntatis quæstio in stimatione Judicis est*, pues quando es clara, y manifiesta, no son menester conjeturas, *ex l. ille, aut ille 25. §. cum in verbis, ff. de legat. 3.* y en tanta manera, que *quando occulis cernitur*, no ay necessidad de sugetarse à las varias inteligencias, como refiere el Señor Crespì *observat. 50. n. 6.*

In

In his enim, qui Judex ipse cernere potest, & sub ejus censu cadent, prius sibi, quam testibus, & peritis deferre debet. Ex l. irruptione 8. §. 1. ff. finium regundo. Discurro inquestionable la vocacion, y llamamiento del dicho Joachin Ferrandez, hijo de mi parte.

70 Pues como està narrado n. 45. con los dos siguientes en la primera conclusion; aquella clausula, que en caso de faltar el heredero sin hijos, que sucediesse el hijo varon de Lorença; si esta no le tuviesse, el de Angela; si Angela careciesse, el de Isabel; y si en Isabel se experimentasse la carencia, el de mi parte. bastantemente induce la perpetuidad, y vocacion à los no nacidos, como lo refieren Mantica *lib. 8. de conjectur. tit. 12. n. 14.* Alexand. *cons. 38. lib. 1. n. 2.* Ripa *in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. n. 132.* Peregrin. *de fideicom. art. 27. n. 77. in med.* ibi: *Vel cum testator digressus fuit ad tot gradus, quod verosimiliter de naciturs quandocunque sensisset, nam omnes illi continerentur, & quidem admitterentur unus post alium, ordine successivo.* Y despues de las citas: *Et hæc limitatio verisima est, quæ tamen judicio meo, non est limitatio ad regulam, imò est secundum regulam.*

71 Y no es mucho que assi se dexe por cierto, sabida la regla de los mayorazgos; pues como estos de su naturaleza son perpetuos, es innegable, que la vocacion se extiende à los no nacidos, pues la perpetuidad en una dilatada familia, de precisso ha de comprehender à los venideros, que no extan en la realidad, ni en la ficcion al tiempo de la ordinacion del vinculo, que es al sentido que habla el Jurisconsulto Modestino *in l. cum ita 32. §. in fideicommis. 10. de legat. 2.* en aquellas palabras: *Nisi ad ulteriores testator voluntatem suam extenderit.* Por cuya razon assentado el supuesto legal: *Quod in testamentis voluntas testatoris totum facit, regit, & dominatur*, dizen los Autores, que no se deve estar al caso limitado de la contingencia, si que deve esperarse al evento de los que contemplò el testador, por la incertidumbre que se colige en sus proprias prevenciones, Don Juan Bautista Spada *tom. 2. cons. 341. n. 14. Neque obstat responsio, quæ ad hoc motivum ex adverso datur, quod scilicet in casu qui evenit non ad sint masculi, quia quando agitur de interpretanda voluntate testatoris, prout nunc agimus, non*

attenditur casus, qui evenit, sed considerantur omnes qui evenire potuissent, quia testator, non potest divinare quinam casus eventurus sit, & ideo de omnibus casibus, qui sub verbis comprehenduntur, cogitasse dicitur; y aun por esto, sin duda defendiò Guido Papa en la question 511. que la simple substitucion de los hijos, incluyò à los no nacidos, ibi: *Quod substitutio de filiis simpliciter facta, etiam includit natos post mortem gravati, si nulli alii tunc nati erant*, dando à entender, que si les ay, deven perferir à los venideros, por su nuda existencia; pero como no les aya, se deve esperar, como se mantenga la probable esperança, de que nazcan, que es lo que defendiò el Señor Obispo Don Gerony-mo Roca *disput.* 42. *n.* 28. ibi: *Ulterius, cum adversarius, qui est omnino extraneus* (repareſe en esta palabra *extraneus*) *legatur sub conditione negativa, si, nempe, nullus, ex proximioribus testatoris extaret, non sufficit allegare, quod nullus super fuisset tempore obitus hæredis gravati, qui haberet qualitates à testatore requisitas, sed oportet probare nullum in futurum extare potuisse.*

72 Y siendo cierto, que Doña Gregoria por hembra, y bastarda està excluìda, parece que con mas propriedad le obsta la citada doctrina: pues nunca fundarà tener vocacion. Confuerzasse esta verdad en el mismo testamento, pues en èl no suena clausula, diccion, ò palabra, que regulasse la succesion à tiempo presente, y determinado, que es el caso que ponderan los interpretes, para no admitir à los nacidos despues de la muerte del gravado, como lo adnotaron los muchos que cita Peregrino *de fideicom. art.* 22. *n.* 73. *post principium*, ibi: *Et eo magis si in substitutione adjecta esset clausula* (*tunc, eo tempore, vel eo casu*) y despues de las citas: *Cum existens tempore puri-ficatæ conditionis, jam agnoverunt fideicommissum.* Fusar. *de substit. quæst.* 318. *n.* 82. ibi: *E contra vero ampliatio tenenda est, rejecta opinione contraria de qua supra n.* 72. *quando in substitutione apposuit verba* (*tunc, & eo casu, ut si dixerit, & descendente hæ-rede sine filiis, tunc, & eo casu substituo filios Titii, nam tunc solum extantes tempore purificatæ conditionis venirent, exclusis postea natis*, dando la razon al n. 83. *Quia illa verba tunc, & eo casu, referuntur ad tempus mortis, gravati l. substitutione filii, ff. de vulg. & pupil. Et ideo ad illud tempus vocatio, & dispositio est stricta, nam*

qua-

qualitas adjuncta verbo, intelligitur secundum tempus verbi. Y la razon de esta razon, se funda, en que de la naturaleza de la diccion *tunc*, es proprio el atributo de estar *restrictivè*, *l.* 4. §. *si*, *ff. de condit. & demonstrat. l. in substit. ff. de vulg. & pupil.*

73 Pero estando concebida la disposicion sin dichas dicciones, no ay resistencia que obste à la vocacion de los no nacidos al tiempo de la muerte del gravado, *l. ex facto*, *ff. de hæredibus instituend. l. cum virum*, C. *de fideicommiss. l. in conditionib. primum locum*, *ff. de condit. & demonstrat.* Peregrin. *cons. ultim. lib.* 3. *& cons.* 7. *lib.* 5. Surd. *cons.* 125. *lib.* 1. *n.* 19. Petra *quæst.* 11. *n.* 583. Fusar. *d. quæst.* 318. *n.* 76. con los siguientes, ibi: *Ex prædictis censeo, non esse recedendum à prima opinione, nisi aliter constare posit de voluntate testatoris, quæ eum totum faciat in ultimis voluntatibus, & fideicommissis; illa solum spectanda est, unde extantibus conjecturis, quod testator voluit, etiam post eventum conditionis natos concurrere, & hi admitterentur.*

74 Y que mayor conjetura, que la misma disposicion en quanto siempre continuò en la vocacion de los varones, y no de las hembras; pues, como està fundado en la conclusion antecedente, fue tan poderosa esta disposicion para inducir la perpetuidad, con la atencion de conservar la familia por la agnacion ficta, que no ay inteligencia que excluya la contemplacion al evento futuro; en cuyo caso se deve afirmar la mayor dilecion de los no nacidos, para que tengan expressa vocacion, aun en concurso de los llamados, sin la clausula *tunc*, como està dicho. El mismo Fusar. *ubi supra n.* 78. *in princip. Porro, opinio prima in hac ampliatione, tenenda non est, quando postea natus fuisset magis dilectus nato tempore purificatæ conditionis, nam ex conjecturata mente testatoris, potior esset conditio magis dilecti, ad exclusionem nati, qui jam fuisset admissus*, Cefalo *cons.* 518. *n.* 49. Surd. *cons.* 125. *n.* 16.

75 Verdad es esta, que parece diligencia escusada el controvertirla, quando nos assegura la urgente conjetura, que si viviera el testador, y le preguntaran de su mente, no podria responder otra cosa, que el dezir, se admitieran los no nacidos, *l. cum avus*, *ff. de condit. & demonst. gloss. in l. tale pactum*, §. *ultim. ff. de pact.* pues el ser muerto Pedro Ferrandez al tiempo

de la donacion, como reſulta del hecho, claramente nos aſſegura la mente del donador, de aver llamado à los no nacidos. Fuſar. *de ſubſtit. quæſt.* 318. *n.* 92. ibi: *De nacituris autem teſtatorem cenſiſſe dicendum eſt, non tantum ſi hoc expreſsè ſit dictum, quam etiam ſi tacite. Ut ſi tempore teſtamenti filii illius nõ extarent, nam de neceſsitate, diſpoſitio refertur ad nacituros.* Simon de Pret. *de interpret. ultim. volunt. lib.* 5. *interpret.* 2. *dub.* 2. *fol.* 496. *n.* 106.

76 Y es la razon, ſegun mi cortedad comprehende, porque aquella vocacion colectiva conque eſtàn llamados todos los de la familia, induce una afeccion à todos los incognitos del teſtador, que vincùla la admiſsion de los que nacieron deſpues del evento de la condicion, como arguye Paul. de Caſtr. *lib.* 2. *conſ.* 247. *verſ. In cauſa ante. n.* 4. Magon. *deciſ.* 91. *n.* 22. *& ſeq.* Mayormente, quando el participio de la tacita voluntad: v.g. *Nacituris* ſe reſuelve en relativo, con tracto ſucceſsivo al tiempo futuro, como ſi dixera: *Qui nacentur*, ſegun la comun inteligencia de la gloſſa *in C. lem.* 1. *verb. Dignitatib. de Præbend.* Menoch. *conſ.* 1. *n.* 194. Jaſ. *conſ.* 55. *col.* 5. *verſ. Confirmatur, quia, lib.* 3. donde defiende, que la palabra *deſcendentes* importa lo miſmo, que ſi dixera: *Qui deſcendent*, y aun por eſſo defendiò Pereg. *conſ. ultim. n.* 2. *& 3. lib.* 5. que negar eſta concluſion, es alegacion cabiloſa, como lo refiere Fuſar. *ubi ſupra n.* 87. y el miſmo Pereg. *de fideicomm. d. art.* 22. *n.* 73. *in fin.* con la autoridad de Paul. de Caſtr. *conſ.* 247. *col.* 7. refiere: *Quod ubi ex fideicommiſſo per prohibitionem de alienando invitantur filii alicujus non habentis filios, quod eo caſu. Nacituri intelliguntur vocati, ſicuti ſuperius dixi, non ſolum veniant qui tempore alienationis, & ſic purificatæ conditionis nati ſunt, ſed, & qui poſtea nacentur, adeo, & nati tempore conditionis, rem alienatam revocent, quam poſtea participare teneantur cum poſt natis, quia ad omnes teſtator parem habuit affectionem, ad l. placet, ff. de liber. & poſtum. Et inquit, quod allegare, ut poſtea nati non admittantur, eſt cavilloſa allegatio.*

77 Sobre todo lo dicho, en que reſta probado la vocacion, y llamamiento del dicho Joachin Ferrandez, aunque no era nacido al tiempo de la muerte de Doña Lorença, que

es el segundo prerequisito que propuse en el principio de esta conclusion, fundado en la *L. 1. C. quorum bonorum*, aun parece, que se ocurre mayor dificultad, avida reflexion à la suspension, que atribuyò à la succession, pues sin embargo de confessar los Autores, que con las dichas conjeturas, y conocimiento de no tener hijos el fundador al tiempo de ordenar, un perpetuo mayorazgo conservativo de la agnacion, se entenderian llamados los no nacidos, cuya vocacion ya arguye en algun modo suspension; con todo varios en el parecer, y dictamen, entran à examinar los efectos de esta suspension, para la participacion de lo que deverian aver los no nacidos, en concurso de los nacidos al tiempo de purificarse la condicion, y si la adquisicion serà interina en el todo, ò en la parte, como digamos en el caso de nuestra contingencia, de estar llamados los hijos de las hembras gradatim, con exclusion de ellas mismas, si se entenderia obligado el hijo de mi parte à comunicar parte al hijo que despues naciere de la segunda, si fuere caso de esperança probable, y assi en los demàs por su orden: y como intentò, que el efeto de esta suspension, se reconozca, acabado en la nuda existencia del dicho Joaquin Ferrandez, demanera, que ni las hermanas de mi parte, ni la contendora de este pleyto, puedan pedir que las admitan à hazer parte en la adquisicion, serà precisso, que prueve, que todo se refundiò en dicho Joaquin Ferrandez, y que acabado el drecho de las demàs, se logre directamente la transmission, que favorece à Doña Josepha Ferrandez, por quien voy alegando.

78 Y para el mejor concepto de esta prueva, devo suponer sobre las clausulas del hecho, que quando se fundò el vinculo, las hijas del Dotor Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol, eran menores de doze años, y por consiguiente doncellas.

79 Que al tiempo de la muerte de Doña Lorença Ferrandez, extaron Angela, è Isabel, viudas, y en edad esteril para concebir, y sola mi parte en capacidad de poder tener hijos, por casada, y de menos años, como todo lo dixeron los testigos, y del testamento se comprueva.

80 Y en eſtos terminos, deſde luego ſe viene la concluſion comprobada avida conſideracion à lo dicho; porque ſegun ſentir del celebre, y muy citado Ludovico Romano *reſponſa acutiſsima, conſ.* 134. *in dubio* 4. *n.* 5. propueſta la eſpecie del legado hecho à los cognados de las hijas, que al tiempo de la ordinacion del teſtamento, eran en pupilar edad conſtituìdas, ſi ſe deverìa comunicar à los hijos de Martin ſubſtituìdo, que exiſtian, ò ſerìa caſo de eſperar à que las hijas tuvieſſen hijos, ò mientras durava la eſperança probable de poderles tener: deſpues de proponer las razones de la negativa, y ſus fundamentos, reſuelve lo contrario, y à nueſtro intento ſe funda aſsi.

81 *In contrarium tamen prædictis non refragantibus videtur veritas, ut filiis dicti Martinii legatum non debeatur, ſed expectari debeat nativitas filiorum ex dictis filiabus. Quod autem hoc verum ſit, probatur. Primo, quia certum eſt, dubiam teſtatoris voluntatem interpretari debere ſecundum tempus quo teſtamentum factum fuit. L. ſi ita, ff. de aur. & arg. legat. Sed tempore quo teſtator teſtamentum condidit, non habebant dictæ filiæ filios aliquos in quos verificari poſſit dicta ſubſtitutio, neque pro tunc habere, ſperabantur, cum eſſent pupillæ non dum nubilis ætatis: Ergo interpretatione benigna preſumendum eſt, teſtatorem de liberis, in futurum naciturìs cenciſſe, ex quo non potuit aliter præſumpta teſtatoris intentio verificari. L. quibus diebus, §. dominus, de condit. & demonſt. l. hæredibus, §. 1. ad trebel.*

82 De la miſma ſuerte proſigue el citado Romano en los demàs argumentos, conque apoya ſu dictamen para nueſtro intento, que no parece ay mas que pedir; y ſiguiendo ſu doctrina con la plantificacion del caſo, lo defienden los muchos que recopila Fuſar. *de ſubſtit. quæſt.* 318. *n.* 78. el Card. de Luca *de fideicom. diſcurſ.* 7. 8. 9. & 10. Peregrin. *de fideicom. art.* 22. *n.* 23. & *ſequent.* pues entrando en la queſtion, de ſi la voluntad de los teſtadores puede eſtar en ſuſpenſo, porque ſerìa contemplar el dominio in aere, no comunicando deſde luego el goze, à quien por voluntad del teſtador, ò por miniſterio de la ley ſe le deviа conferir de los bienes del mayorazgo, ò fidei-

comisso, como refiere el Señor Molin. *de Hispan. lib. 3. cap. 10. n. 6.* ibi: *Secundo, quia si majoratus successio posset stare in pendenti, dominium interim vacaret, atque esset in aere, cum non posset ad hæredes ultimi possessoris transire, si isti extranei sint, neque etiam ad proximiorem non natum, nec conceptum.* Corrientemente resuelven los Autores, que como no repugne la expressa voluntad del testador, no obsta la disposicion de la *l. fin. ff. communia prædiorum*, que es la que motiva la duda, que tanto discurrit diò à los Autores.

83 Porque el mismo Señor Molina al num. 26. del citado cap. con los dos siguientes, explicando la duda propuesta del n. 6. manifestò, que hablava de la substancia de la disposicion: ò disposicion pura, y no del efeto, ò disposicion condicional, conque se salva la disposicion de la ley, y se funda, que puede estar en suspenso el efeto de que tratamos, como se harà mejor concepto en las palabras: *Quibus non obstant ea, quæ pro contraria sententia adducta sunt. Et primo non obstat l. fin. ff. communia prædiorum, quod scilicet dispositiones morientium non possunt stare in suspenso; nam ad hanc leg. quæ in hac materia præcipua est, multipliciter responderi poterit. Primo, quod procedat in dispositione pura, secus autem in conditionali, cum natura conditionis sit, ut semper actum suspendat*, y poco despues: *Et est de mente omnium scribentium*, que siguen la glossa del mismo texto, *verb. defunctorum*, y en el *n. 28. secundo, quia ea l. procedit in substantia dispositionis, quæ in actibus morientium pendere non potest, secus autem in efectibus successionis, in his namque dispositiones morientium optimo jure pendere possunt*; cuya resolucion, es de todos aplaudida.

84 Y siendo assi, que en quanto à la substancia de la disposicion, no se controviertе, si solo el efeto de aver venido el caso de tener mi parte hijo varon, predilecto, y llamado en exclusion de las hembras, hijas del mismo testador; parece invariable tener mucho cabimiento la suspension que esperò al nacimiento del dicho Joachin Fernandez.

85 Mayormente, en el caso que dexamos propuesto de no tener hijo varon el testador al tiempo, que ratificò los vinculos, y condiciones en la donacion que hizo à Doña Loren-

ça ; pues assentada la benigna interpretacion de aver llamado à los que despues nacieren varones de las hijas, que estavan en pupilar edad constituìdas, se ajusta con gran propriedad la disposicion del texto en la *l. si duobus, in princip. de legat.* 1. porque pende de la voluntad del testador, que puede hazerla suspensiva, *l. qui hæredi. §. fin. de condit. & demonst.* como ex causa, el dominio puede estar en suspenso, Bald. *in l. fin. n.* 8. *C. de sent. pass.* y el contrato puede estipularse por favor de los no nacidos, *l. si quis operas, ff. de oper. libert.* y los muchos que comentan la *l. quod dicitur, in fin. de verb. obligat.*

86 A mas, de que en la contingencia de este pleyto, no se pudo contemplar à Doña Gregoria por parte, por hembra, y bastarda; pues los Autores que disputan la suspension, se fundan por favor de los llamados en defecto de hijos de las hijas, y Doña Gregoria no puede alegar vocacion alguna, como lo literal de la disposicion lo persuade, y mediando el peso de la contemplacion en los hijos varones de las hijas, se ha de confessar la predileccion entera en el hijo, que tuvo mi parte, y à favor de este la suspension, aunque los terminos admitieran equilibrio; porque concurriò la esperança probable, natural, y humana, que assegurava hazer cessar la suspension, y que se cumpliesse la voluntad del testador, que assi se entendiò disponerlo, Ruin. *cons.* 35. *n.* 14. *vol.* 1. *cons.* 22. *col. pen. vol.* 2. *cons.* 106. *n.* 16. *vol.* 3. Nata *cons.* 672. *n.* 6. Roland. *cons.* 70. *n.* 47. *&* 68. *vol.* 3. Decio *cons. ultim. vol,* 1. Surd. *cons.* 125. *n.* 20. 21. *&* 22. Cephal. *cons.* 318. *n.* 67. Menoch. *cons.* 494. *num.* 5.

87 Por cuya razon, se salva la contienda de aver de hazer parte con las hijas de las demàs hermanas de mi parte; pues como hembras, y no llamadas, aunque de legitimo matrimonio, nacidas, y procreadas les obsta la replica, *de te non loquitur substitutio,* y se estraña la resolucion de Paulo de Castro *cons.* 16. *n.* 5. que quiso favorecer à los subsstitutos transversales existentes al tiempo de purificarse la condicion de morir el gravado à restituìr, quando no tenìan hijos las hembras hijas del testador, como tambien la sutileza de querer, que los naci-

dos

dos despues, solo se admitieran à la parte, y no al todo, pues independente de la satisfaccion que dà à Paulo de Castro, Surdo, en el Cons. 125. n. 35. tenemos en favor de la suspension que defendiò Romano, la resolucion de Lambertino comunmente recibida como refiere Peregrino *d. artic. 22. n. 74. post princip.* y de otros celebres Escritores, que prosigue en estar el mesmo Peregrino, à quienes sigue en favor de los no nacidos, fundado en la decision del ingenioso Torniel *in l. fin. §. seyo de leg. 2. l. Julius Paulus de cond. & demonst.* Bart. *in l. mulieri, &* Titio *ff. eodem* pues afirma *quod non est inconveniens quod legatum relictum duobus, quo ad unum sit purum, & quo ad alium conditionale, & quo ad ipsos legatarios diversis temporibus cedat dies relicti.* Como lo dexa Peregrino assentado, prope fin. en el n. 73. y como habla en la especie antecedente donde conjunctim re, & verbis, estavan llamados todos los hijos de los hermanos, y resolviò que assi como ivan naciendo se admitian à la parte que les iva cabiendo; de aqui me fundo yò, para la suspension, y exclusion de las hijas que tenian las hermanas de mi parte, y mas principalmente de la dicha Doña Gregoria, por no legitima, y no tener vocacion, y estar llamados los varones solos, y con el orden de Primogenitura, que haze consumada la disposicion en el dicho Joaquin Ferrandez por varon, y Primogenito llamado, Peregrin. *art. 22. n. 53. in fin.* ibi: *Cæterum si testator post mortem filii substituisset ejus filium primogenitum, quia in primo proprie verificatur dispositio, nec vi sermonis ulteriorem tractum requirit, id circo in primo dispositionem recte consumi dici potest, sicuti sencit* Guido Pap. *decis.* 467.

88 Con que siendo Joaquin Ferrandez el unico que estava llamado por Primogenito de Doña Josepha mi parte, y el que existiò à tiempo, que Angela, è Isabel no tenian hijos ni esperança natural, y humana de tenerles, se sigue, que la suspension tuvo causa probable, natural, y humana, y cabimiento, para el efecto de esperar al nacimiento de dicho Joaquin, sin contrariarse la voluntad del testador con la ley, y que por entero deviò percebir todos los bienes legados, y donados que estavan sugetos al vinculo del Dotor Pedro Ferrandez, y

Ana Maria Terol, pues con este gravamen les recibiò la dicha Doña Lorença legataria, y donataria; en tanta manera, què acabada la suspension con el nacimiento, y hallandose capaz de tomar el nombre, y armas de Ferrandez, como lo executò en conformidad de lo prevenido por el vinculador; y lo deponen los testigos de mi parte foj. y circunstancia, que assegura el cúplimiento en quãto estuvo de parte del llamado, ya que se contemple, la obligacion del nombre, y armas, *per viam modi, ò per viam conditionis*, como refieren Gracian. *discept. forens. cap.* 798. *num.* 10. Thesaur. *decis.* 270. *per tot.* Durando *decis.* Rot. 333. *per tot. & in tract. de condition. impossib. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. Fusar. *de subst. quæst.* 447. Merlin. *decis.* 12. se cõvence, q̃ se le comunicò, y cõfiriò al dicho Joaquin Ferrãdez la succession, que previene la ley 45. *tauri*, con derecho comunicable à sus legitimos, ò legales successores; pues como no estava gravado à restituir, muriendo sin hijos, y las primas, y tias, no tenian vocacion, se acabò el vinculo, y quedò con libre facultad de poder disponer, *ex tex. in l. qui solidum* §. *prædium ff. de legat.* 2. *l. pater filium* §. *fundum* Titianum *ff. de legat.* 3. *leg. cum pater* §. *libertis, fin. ff. de legat.* 2. el Señor Molin. *de Hispan. primog. cap.* 4. *n.* 1. & 23. *ultimus est qui ex familia supererit, & lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 24. ibi: *Secundo quod ultimo loco ad majoratus successionem vocatus, vere, seu comprensive, aut ex interpretatione poterit libere majoratui cedere, seu illum in faborem alterius renuntiare: cũ ñ super sit alius natus, seu naciturus cui ex hac cessione, vel renuntiatione, valeat præjudicari, quod comprobatur ex leg. qui solidum* §. *prædium ff. de legat.* 2. & *ex l. quoties ab omnibus. C. de fideicom. ubi id communiter scribentes annotare solent, adque ex his quæ notant* Tiraquel, *de utroque retractu. Tit.* 1. §. 26. *n.* 8. & 10. Burg. *de paz in Proœmio legum* Thauri, *n.* 97. *qui plura in idem adduccunt.* Pereg. *art.* 14 *n.* 50. & 51. Carril. *decis.* 148. *n.* 19.

89 Pues con independencia de la enixa voluntad del testador, que manifiesta, estar excluìdas enteramente las hembras, se añade la comun, y corriente conclusion, que en los mayorazgos, feudos, fideicomisos perpetuos, y otras disposiciones semejantes en que estan llamados los legitimos, y na-

turales, de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, no solo estàn excluìdos los naturales, è illegitimos, que alias podrian con jetutar vocacion, sino tambien los legitimados por rescripto del principe, ò por otra legitimacion de las que el drecho tiene admitidas. Menoch. *lib.* 4. *præsum.* 81. *n.* 4. Rustich. *in l. cum Avus. lib.* 2. *quæst.* 16. *num.* 126. Marescot. *lib.* 3. *var. cap.* 18. *n.* 45. el Señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 75. *per tot. & cap.* 105. *n.* 35. Noguerol *aleg.* 23. *n.* 36. el Obispo Don Geronimo Roca, *tom.* 1. *disput. jur. disput.* 8. *n.* 24. *&* 25. Carol. Anton. de Luc. in Meliorat. ad Marin. *tom.* 1. *resolut.* 126. *n.* 10. *vers. sed si attentius consideretur* Urceol. *consult.* 57. *n.* 27. *&* 28. y siendo Doña Gregoria hembra, y bastarda en la que no podia concurrir causa de legitimacion por parte de su madre, parece que con mas eficacia se contemplara el averse acabado la linea de la decendencia de las hijas, para radicar con libre disposicion los bienes de la donacion en el dicho Joaquin Ferrandez, pues es absurdo contra el orden natural, que estè excluìda Doña Gregoria, por hembra, y bastarda, y que quiera pretender estos bienes como lo estaria aun siendo varon, è illegitimo, respeto de no caber se repute aun mesmo tiempo por legitima, y no legitima, una mesma persona en materia individua como la nuestra. Tiraquel. *de jur. primog. quæst.* 34. *n.* 36. Gozadin. *cons.* 25. *n.* 3. Lelio Altogr. *tom.* 2. *cons.* 93. *n.* 60.

90 De que se concluye, que sobreviviendo Doña Josepha Ferrandez, madre del dicho Joachin, devìo suceder esta en todos los bienes del expressado vinculo, como à recayentes en la libre disposicion del dicho Joachin Ferrandez; pues media una ley Real expressa, que con suma claridad assi lo dispone, qual es la ley 6. de Toro, y sobre ella sin la menor altercacion lo defienden Gomez, Tello, Fernandez, Avendaño, el Señor Castillo, y demàs Escritores del Reyno.

CON-

CONCLUSION III.

PROPONENSE LOS ARGUMENtos de Doña Gregoria, y se satisfacen por parte de Doña Josepha Ferrandez.

91 ES proprio de la obligacion del Abogado satisfacer los obises, que su contrario le opone, como dixo Bald. *in notabil. cons. Scismatis, col. penult.* que es en el *tit. si quis aliquem testari prohibuerit*, y refiere Solorz. *de jure Indiar. tom. 1. lib. 1. cap. 12. n. 1.* Y como la disputa suele hazer mas patente la verdad, *l. fin. §. mixta, ff. de muner. & honorib. cap. inter dilectos, de fide. instrum.* à fin de que se reconozca la justicia de Doña Josepha mi parte, propongo los argumentos, que parece armonian las esperanças de Doña Gregoria.

OBJECION PRIMERA.

92 QUe aviendo hecho otro testamento el Dotor Pedro Ferrandez, posterior al que otorgò en compañia de Ana Maria Terol, su consorte, y à la donacion que hizo de los mismos bienes legados à Doña Lorença Ferrandez, se devería entender revocado el vinculo del primer testamento; pues en el segundo dexa los bienes sin expresion de gravamen, §. *posteriore quibus modis testament. infirment.*

SATISFACION.

93 SI el vinculo que dexò fundado, estuviera solamente instituìdo por el Dotor Pedro Ferrandez, en el dicho su testamento del año 1672. confiesso ingenuamente, que no tuviera bastantes alientos para refutar la du-

duda, con todo lo que tengo probado en este grado de apelacion, que despues referirè: Pero como està assistida la disposicion vinculatoria, en la última voluntad de Ana Matia Terol, y en la donacion, que el mismo Dotor Pedro Ferrandez executò con titulo de matrimonio, suttidora su efecto en continente, como le tuvo, y la haze donacion entre vivos, puedo respirar con la confiança de acertar en la solucion.

94 Porque, quando el marido, y la muger hazen testamento en una escritura, ò carta, y en ella ordenan su voluntad, vinculatoria de los bienes, ù en otra manera; segun los regulares principios del derecho, que no contradizen, ni interpretan su pureza los Escritores; se dà por valida la ordenacion, y ultimo elogio, y por tal afirman, que deve llevarse à su devido efeto, Bart. *in l. patris, & filii, ff. de vulg. & pupil. substit.* Gregor. Lopez *in l. 9. tit. 13. part. 5. gloss. 1. & in l. 2. tit. 15. part. 2.* verbo el mas propinquo, *vers. Sed pone quod maritus, & uxor,* Tiraquel. *de primogen. quæst. 68. per tot. & quæst. 8.* Petrus Pech. *de testament. conjugum. lib. 1. cap. 17. cap. 18. & cap. 19.* el Señor Covar. *in rub. de testam. part. 2. n. 8.*

95 Y como tantos se dizen los testamentos, quantos son los testadores, como siguiendo à Oldrad. Joan. Andr. Alberic. Corn. Bald. Alexand. Paul. Tiraq. y otros, lo dexan sin escrupulo, Burgos de Paz *in l. 3. Tauri, part. 2. n. 1214.* Roderic. Suar. *in l. quoniam in prioribus, limit. 5. vers. Ad prædicta facit, C. de inofficios. testam.* Padilla *in l. clari, C. de fideicom. n.* 19. en tanta manera, que basta una misma solemnidad, sin ser necessarias muchas, ò duplicarse las mismas, como el mismo Burgos de Paz lo explica desde el citado num. 1214. hasta 1240. Alvar. Valasc. *consult. 7. n. 3. & 4.* fundavase el reparo de mi cortedad, en la consequencia que de esto infieren los mismos Escritores, de que pudo muy bien el dicho Dotor Pedro Ferrandez revocar su primer testamento, y lo comprueban, tanto por derecho, como por tazon, como refieren los que sita Cevallos *commun. contra commun. quæst. 265. n. 17. & quæst. 310. n. 9.* el Señor Molin. *de Hispan. primog. lib. 4. cap. 2. n. 84.* Mieres *de majorat. part. 1. quæst. 23. n. 2.* Alvarad. *de*

conjectur. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. §. 1. n. 97. Salazar *de usu, & consuetud. cap. 4. n. 27.*

96 Por derecho *in l. Lutius, §. Gajo Sejo, ff. ad trebel.* al intento, que le induce Roder. Suar. *in d. l. quoniam in prioribus, & in l. falsa, §. fin. ff. de condit. & demonst. l. fin. §. & filium, ff. de leg. 2. & in l. licet, C. de pactis,* y por razon *quia*, importando lo mismo, que si cada uno huviesse hecho separadamente su testamento, y dispuesto de sus bienes, como *intellectu juris, & potestate* distincta de la otra, y separada, Petrus Peralt. *in l. si quis in principio testam. n. 116. ff. de legat. 3.* no puede entenderse privado de la testamenti faccion que le competia, para revocar aquella primera voluntad, por ser de ambulatoria hasta el ultimo extremo de la vida, *l. 4. ff. de adimend. vel transfer. legat. l. 25. tit. 1. p. 6.* Mencha *de succesion. resolut. lib. 1. §. 1. n. 10. l. cum hic status, §. ait oratio, ff. de donat. inter l. cum duobus, §. idem respondet societatem, ff. pro socio.*

97 Mas, como en nuestro caso, tiene probado Doña Josepha, que la causa de averle dexado Ana Maria Terol al Dotor Pedro Ferrandez el usufructo de sus bienes (que eran los que componian el patrimonio, no obstante las escrituras que ha presentado Doña Gregoria, porque no quita que huviesse adquirido despues del matrimonio muchos mas con titulos honestos, como de herencias, succesiones de vinculo, y otras, y en contrario no se ha probado cosa) y de manera, que si entendiera avia de revocar la disposicion, que tenian arreglada, y tratada, no le huviera gratificado con el usufruto, segun lo deponen los testigos de oìda à la misma Ana Maria Terol, tiene satisfaccion todo el preambulo de la duda, y se aclarece, que no pudo alterar el segundo testamento del Dotor Pedro Ferrandez, el vinculo que estava instituìdo en el primero.

98 Porque en este caso se contempla entre el marido, y muger, *quædam conventio reciproca, & vicissitudinaria*, que no permite al uno, sin el otro alterar, ò revocar la disposicion que conjunctivamente ordenaron, como en terminos de mayorazgo lo defienden Mieres *de majorat. part. 1. quæst. 23. n.*

18. Azeved. *in l. 1. tit. 6. lib. 5. recop. n. 24. & 25.* el Señor Molin. *lib. 4. de primog. cap. 2. n. 84.* y en terminos de mejora, los muchos que cita el mismo Azevedo *ubi supr. n. 23. vers. Limitatur primo*, el Señor Castillo despues de estos, visto *lib. 2. cap. 18. n. 23.* ibi: *Sed vereor quidem, ne forsan in hoc casu contrarium dici posit, prout dicere non dubitabit.* Mieres *de majoratib. part. 1. quæst. 23. n. 3.* ubi: *Cum majoratus ab uxore, & marito simul instituitur revocabiliter non male fundat uno conjuge præmortuo superstitem revocare non posse majoratum, quando ex scriptura institutionis constaret, quod unus sine altero majoratum non constituhisset, neque alioquin fecisset, quod multis modis apparere potest, & reddit rationem. Quia tunc videtur quædam contentio reciproca, & dicisituadinaria, cui unus altero invito, nec contradicere, nec revocare potest. Argum. text. in l. Pater puellæ, C. de inoffic. testam. cum ibi notat. leg. de fideicom. C. de transact. ubi late DD. & l. ultim. ff. de condit. ob caus.* ibi: *Quia ideo tibi dedi, ut mihi sticum dares.*

99 A la manera, que no puede revocar la disposicion la muger que sobrevive al marido, ò al contrario, que consiente à aquel, disponga de sus bienes, segun explica el mismo Señor Castillo *ubi supr. n. 38. ex l. nec Fratris, C. de donat. causa mortis, l. sicut, §. venditionis, ff. quibus modis ping. vel hypotheca solvitur*, ibi: *Hac denique nisi maritus ipse solus testetur ex consensu uxoris constituatque majoratum, aut meliorationem de bonis, tam ipsius, quam uxoris, tunc enim mortuo marito, ejus morte confirmatur hæc ultima voluntas, tam quo ad bona viri, quam uxoris.* Y despues de los textos citados: *Ex quibus adnotarunt DD. in mille locis testamentum in quo quis de re aliena disponit domini consensu expresso, testantis morte adeo firmum effici, ut idem dominus bonorum contraria voluntate illud mutare non posit, idque in majoratu, & melioratione, de quibus agimus nunc, Capellaniæ etiam, aut Patronatus institutione, & in quacunque alia dispositione, recte acceperunt.* Rod. Suar. Jazon, Guil. Bened. Tell. el Señor Covar. Padil. Menchac. Peralt. Burgos de Paz Senior, Pech. Roland. Marsar. & Cephal. *quos in unum recenset, & firmat* Molin. *de Hispan. primog. lib. 4. cap. 2. num. 84. vers. Sed hoc limitari solet.*

100 Siendo à mi ver la razon mas propria de esta conclu-

sion,

sion, la que propone el Jurisconsulto Martian. *lib. singular. ad formul. hypothecar. in d. §. venditionis*, con los §§. 7. 8. 9. y 10. del mismo texto, porque el acrehedor que tiene *jus in re*, en la cosa de su deudor, y por la hypoteca especial, puede impedir la translacion, ò enagenacion, *cum scriptura*, de la cosa, consintiendo, en que el deudor la enagene à que la legue, pierde la hypoteca; y si aliunde, no fuesse, que se repudiasse el legado, no puede contravenir al consentimiento, porque quanto esta de su parte lo cediò, y remitio, por el contrato que refiere el Señor Castillo.

101 Y assi, consintiendo el Dotor Pedro Ferrandez en la disposicion del vinculo, y sintiendo el beneficio del usufructo, que aliàs, no le huviera dexado la dicha Ana Maria Terol, como està probado, y subsiste, ex traditis por el Señor Castillo *dict. cap.* 18. *lib.* 2. *n.* 11. *& 12.* no se ha de permitir, permissible la nueva disposicion, en terminos revocatorios contra la expressa voluntad de la dicha Ana Maria Terol; pues seria consentir, que faltasse à la condicion, y al modo; y aliunde, à que se lo cuplectasse con detrimento de los successores de Ana Maria, *ex tradit. per* Ant. Gomez *lib.* 1. *var. cap.* 12. *n.* 59. Menoch. *lib.* 4. *præsum.* 175. *n.* 9. 11. *& 12.* Sarmient. *selectar. juris, lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 1. *& 4.* pues la naturaleza del modo, aunque al principio no impide la acquisicion, se resuelve *ex post facto*, por la falta del adimplemento, *l. libert. §. hæc scriptura, ff. de manumiss. testam.* y por esta causa deveria restituir el Dotor Pedro Ferrandez todo lo que usufructuò de su muger, segun sentir de los muchos que cita el Señor Molin. *de primog. d. cap.* 2. *lib.* 4. *n.* 84. *vers. Ultim.* Azeved, *in d. l.* 1. *lib.* 5. *tit.* 6. *recop. n.* 26. *& 27.* donde en apoyo cita dos sentencias de la Chancilleria de Valladolid, confirmatorias de la ordinacion del mayorazgo.

102 Confirmase lo dicho por hallarnos en el caso de aver passado aquella donacion del legado à la esfera de irrevocable, que assumiò en la constitucion dotal, que celebrò el mismo Dotor Pedro Ferrandez; pues como và fundado en los nn. y de la conclusion primera, se impossibilitò el Dotor Ferran-

randez de la facultad, que en otra manera podria tener para revocar el vinculo, que favoreciò à los succesores llamados; y porque quando el padre por contrato entre vivos, dona ciertos bienes al hijo, con tranflacion de dominio, dexan de ser los bienes donados del patrimonio paterno; de manera, que seguida la muerte del padre, no pueden los hijos pedirles en virtud del testamento, *l. sequens quæstio, ff. de legat. 2. l. in fideicommissariam, §. quoties, ff. ad trebel.* Peregrin. *de fideicom. art. 6. n. 1. vers. Ego autem,* Fusar. *quæst. 632. n. 1. & 17. & quæst. 633. n. 1.* el Card. de Luc. *de testam. discurs. 63. n. 3.* y al padre no se le permite añadir, corregir, ò enmendar en perjuizio de los llamados, ni del donatario, por no consentirlo la donacion perfecta, *l. perfecta donatio 10. C. de donat.* que sub modo, *l. 2. C. de revoc. donat.* Rota coram Bich. *decis. 207. n. 16.* y mas, si se repara en la expressa ley Real, que assi lo ordena, y manda; pues aviendo entregado los bienes dotales con dicho gravamen de vinculo, surtiò efeto en continente, y se comunicò el derecho à los succesores.

103 Es terminante la ley 17. de Toro, en los terminos de mexora, y es la que fuerza el conocimiento de la permanencia de la donacion, sin permitir la revocacion, por no averse reservado semejante facultad, y aver entregado la possession de la cosa; dize assi: *Quando el padre, ò la madre mexorare alguno de sus hijos, ò descendientes legitimos en el tercio de sus bienes en testamento, ò en otra postrimera voluntad, ò por otro algun contrato entre vivos, ora esté el hijo en poder del padre que hizo la dicha mexora, ò no, hasta la ora de su muerte la pueda revocar quando quisiere: salvo si hecha la dicha mexora, por contrato entre vivos oviere entregado la possession de la cosa, ò cosas en el dicho tercio contenidas à la persona à quien la hiziere, ò à quien su poder oviere, ò le oviere entregado ante Escrivano la escriptura de ello, ò el dicho contrato le oviere hecho por causa honerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento, ò por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos, que el dicho tercio, no se pueda revocar, sin reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ò por alguna causa, que segun ley de nuestros Reynos, las donaciones perfectas, y*

con derecho fechas, se pueden revocar.

104 Lo mismo se halla prevenido en la ley 44. de Toro, en terminos de mayorazgo, ibi: *El que hiziere segundo mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra, ò de los Reyes que de nos vinieren, ora por via de contrato, ora por via de qualquier ultima voluntad, despues de hecho, puedalo revocar à su voluntad, salvo si el que lo hiziere por contrato entre vivos, oviere entregado la posseſsion de las cosas, ò cosa contenidas en el dicho mayorazgo à la persona en quien lo hiziere, ò à quien su poder oviere, ò le huviere entregado la escritura de ello ante Escrivano, ò si el dicho contrato de mayorazgo se oviere hecho por causa onerosa, con otro tercero, assi como por via de casamiento, ò por otra causa semejante: que en estos casos, mandamos, que no se pueda revocar, salvo, si en el poder de la licencia que el Rey le diò estuviesse clausula para que despues de hecho lo pudiesse revocar, ò que al tiempo que le hizo, el que lo instituyò reservasse en la misma escritura que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar, que en estos casos, mandamos, que despues de hecho lo pueda revocar.*

105 Conque siguese en buena consequencia, que el segundo testamento del Dotor Pedro Ferrandez, no revocò la disposicion del primero, y que no pudo revocarle, por aver entregado la cosa, y aver passado à la naturaleza de irrevocable en el contrato entre vivos, sobre aver consentido que se guardasse la ultima voluntad de su muger.

OBJECCION SEGUNDA.

106 QUe quando por la donacion, no se entendiesse revocado el vinculo, ni por el segundo testamento del Dotor Pedre Ferrandez, que por la falta de hijo varon en Doña Josepha, mi parte, deverìa mantenerse la succesion en Doña Gregoria, aunque bastarda, por la ley 9. de Toro, que no excluye à los hijos bastardos en defecto de legitimos.

SATISFACCION.

107 ESte argumento le insinua la parte de Doña Gregoria, en el primer juizio, y aun parece que fue el unico conque pretendiò la succesion, y por esta causa, à parecido proponerle aquì, sin embargo, que la satisfaccion està prevenida en la conclusion segunda de este alegato; y porque en este juizio de segunda instancia, parece que no se propone otra cosa, aunque se me obste de contravenido en el precepto de abreviado, referirè algo de lo mucho que ocurre para la destruccion.

108 No ay duda, que es lìcito à los padres naturales instituir à los bastardos en defeto de successores legitimos; pero es tambien cierto, que esto se entiende, quando tienen bienes libres que poder dexar; y como en Doña Lorença, por lo que mira à los bienes legados, y donados, no se puede considerar facultad de disponer, por hallarse gravada se ha de dezir lo mismo q̃ concurre en la succesiõ de los ascendientes legitimos, quando los descendientes no tiene otro que les herede por disposicion particular, como previene la ley 6. de Toro, en aquellas palabras: *En caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legitimos, ò que ayan derecho de les heredar*; pues entonces, segun explica Gomez en el comento *n.* 10. *ver. Item, & secundo*, hablando del substituto pupilar, no se admiten los ascendientes; y como Doña Gregoria por bastarda, solo puede pretender la succesion de los bienes libres de Doña Lorença, porque en los otros ay quien la suceda, como fue el dicho Joachin Ferrãdez y de Perez, y mi parte, y por este, que assumiò con su nuda existencia, la qualidad de heredero con derecho comunicable à los suyos, segun el *text. in l. liberorum, in fin. ff. de verbor. significat. l. fin. C. de impuber, & aliis substit.* y mas, aviendo exercitado los actos positivos de heredero por medio de mi parte, como à legitima administradora de todo lo q̃ era de su marido, *tot. tit. de gestione pro hærede*, sigueſe, que no conduce la institucion, y bastardìa;

dìa ; pues siempre le obsta la voluntad expressa de los dichos Dotor Pedro Ferrandez, y Ana Maria Terol, de que sucedieran los legitimos, y naturales de legitimo, y carnal matrimonio, nacidos, y procreados, Bald. *in cons.* 367. *volum.* 5. Thesauro *decis.* 196. Surd. *decis.* 319. con muchos que cita, y pueden verse, *quibus add.* Bich. *decis.* 101. *per tot.* Rota coram Carrillo *part.* 9. *decis.* 255. *n.* 17. *& seqq.* pues no vale la legitimacion de estos naturales, como esta probado en la conclusion antecedente.

109 Y refiriendome en todo lo concerniente à lo que en ella dexo fundado, concluyo en esta satisfaccion, que no puede, ni deve sufragar à Doña Gregoria el hallarse instituìda; pues mi parte pretende la succesion de lo vinculado, y lo libre no lo solicita, ni quiere; recobrandome de la idea que con dilatacion avia premeditado.

NULIDAD, Y ESPOLEO.

QUE LA SENTENCIA FUE ESPOleativa, y la possession que se le diò à Doña Gregoria, nula.

110 Y Entrando à la nulidad de lo declarado, y executado por el Alcalde de Orihuela, descubrese con reflexion al hecho del n. 18. que la dicha sentencia fue nula, y la possession espoliativa, y retractable, porque si se repara en la demanda de amparo, que pretendiò Doña Gregoria, el nombre mismo dize, que no podia retener lo que no possèìa; pues no se dà amparo, ò retencion de lo que otro ocupa, Altograd. *cons.* 97. *n.* 106. *lib.* 2. Ludovis. cum Beltrami *decis.* 169. *per tot.* Ridolphin. *cap.* 12. *n.* 149. Rota *part.* 12. *resens. decis.* 264. *n.* 1. por no ser otra cosa la manutencion, ò amparo: *Quod, rem in eodem statu manentem tenere,* Gracian. *lib.* 1. *cap.* 84. *n.* 22. y ser proprio el edicto de manutenendo el interdicto retinendæ, & non adipiscendæ, nec restituendæ, aliàs no mediarìa la real diferencia, que verda-

daderamente interene, y todos reconocen.

111 Y hallaiose Doña Iosepha en la posseſsion, assi en nombre de adiniſtradora de ſu hijo, y deſpues en ſu nombre proprio, como està probado en el pleyto, deſcubreſe, que de no avla amparado el dicho Alcalde, como lo pretendiò, incuiò en la nulidad; pues baſtava el eſtar poſſeyendo al tiempo de la lid, y anteriormente, que hazia preſumir ſu continicion, Gracian *cap.* 431. *in principio, cap.* 910. *n.* 1. *&* 911. *n;*. Rota *part.* 12. *recenſior. deciſ.* 243. mayormente, quandera la poſſeſsion de Doña Iosepha inſtrumental, como lo inican los actos poſſeſſorios de los arrendamientos, à tiempo ue no poſſeia Doña Gregoria, ni mi parte tenia titulo de ciadora de aquella, por cuya razon, afirman los interpretesque la poſſeſsion poſterior ſe preſume clandeſtina, aunqueza tomada con autoridad judicial, quando rectamente no ſeprocede, que parece lo previnieron para nueſtro caſo. Cavler. *deciſ.* 2. *per tot.* Merlin. *deciſ.* 3. 9. 14. 43. Redolphin. *praxi, part.* 2. *cap.* 12. *n.* 118. Rota *part.* 9. *recenſ. deciſ.* 4. *per. tot. & part.* 12. *deciſ.* 166. *n.* 5. pues conſta en nueſtro caſo de la notoria injuſticia, y nulidad contra el hecho propio del Juez, para la reintegracion de mi parte, como lo deciiò la Rota en la *deciſ.* 292. 293. *&* 380. *part.* 18. *recenſ.*

112 Y ſi ſe recurre à la ſegunda parte de la ſentencia (porque en la primera baſtantemente declarò, que no procedia el amparo, y por conſiguiente, nos aſſegura el conocimiento que tuvo el Juez, de que no reſultava manutenible la poſſeſsion que pretendia Doña Gregoria) de la miſma ſuerte ſe encuentra aver pronunciado contra el drecho, tanto porque la ſentencia deve ſer conforme al ſibello, abſolutoria, condemnatoria, cierta, pura, y juſta, Marant. *part.* 6. *tit. de ſent. n.* 123. Pax. Jord. *tit.* 25. *n.* 57. Paul. Chriſt. *deciſ.* 88. *&* 89. *volum.* 4. Oynot. *in* §. *curare inſtit. de action. n.* 40. Rota *p.* 18. *recenſ. deciſ.* 669. *n.* 12. *& ſeqq.* como porque no aviendoſe intentado por Doña Gregoria la accion de peticion de herencia ſimple, ò copulativamente con la de reivindicacion,

al passo que mi parte posseia con titulo, qt bastava aun en concurso de la dudosa possession que pretenia Doña Gregoria, Gracian. *cap.* 870. *n.* 32. Altograd. *consl.* 4. *n.* 38. & 39. *lib.* 2. Rota *part.* 10. *recens. n.* 5. *decis.* 88. noudo declararse, que en virtud del testamento de Doña Loren, se le diesse la possession, por ser contra lo que expressamen enseña Gomez en la ley 45. de Toro, desde el n. 154. hasta n. 168. à que me remito por no immorar.

Por lo que espero, se mandarà declarar àvor de Doña Josepha Ferrandez, y contra Doña Gregoria, gun lo siento, salvando en todo la mejor censura de tan doct Senado. Valencia, y Febrero 4. de 1723.

El D. Vicente Ignacio Tormos.